Das
Pfandrecht und Befriedigungsrecht des Kommissionärs.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Willibald Moeser

bacc. iur. in Berlin.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1909.

Dem Andenken
meines verstorbenen Vaters

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546804_0013

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

§ 2. Kurzer Überblick über die geschichtliche Entwicklung des Pfand- und Befriedigungsrechts des Kommissionärs . . . 2

I. Das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs.

§ 3. Der Gegenstand des Pfandrechts 8

§ 4. Die Entstehung des Pfandrechts, insbesondere die Wirkungskraft des guten Glaubens 15

§ 5. Die gesicherten Forderungen.

a) Forderungen wegen der auf das Gut verwendeten Kosten und der Provision 31

b) Forderungen wegen der auf das Gut gegebenen Vorschüsse und Darlehen 36

c) Forderungen wegen der mit Rücksicht auf das Gut gezeichneten Wechsel oder in anderer Weise eingegangenen Verbindlichkeiten 38

d) Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften 40

§ 6. Die Realisierung des Pfandrechts 50

§ 7. Das Zusammentreffen einer Mehrheit von Pfandrechten . . 62

§ 8. Das Pfandrecht im Konkurse des Kommittenten 70

Seite

II. Das Befriedigungsrecht des Kommissionärs.

§ 9. Rechtsverhältnisse, bei denen sich das gesetzliche Pfandrecht als unzureichendes Sicherungsmittel erweist 73

§ 10. Die Bedeutung des § 398 HGB. 78

§ 11. Die Voraussetzungen des Befriedigungsrechts

a) an eigenem Kommissionsgut 80

b) an Forderungen 81

§ 12. Art und Wirkungen der Ausübung des Befriedigungsrechts

a) an eigenem Kommissionsgut 82

b) an Forderungen 84

III. Das Pfand- und Befriedigungsrecht im Falle der Selbstübernahme der Kommission.

§ 13. Rechtfertigung der Bestimmung des § 404 HGB. 87

§ 14. Der Umfang und die Bedeutung des Pfandrechts 89

§ 15. Der praktische Wert des Befriedigungsrechts an eigenem Kommissionsgut 93

§ 16. Gründe gegen die Annahme eines Befriedigungsrechts an Forderungen 94

Literaturverzeichnis.

Adler, Die Umgestaltung des deutschen Handelsrechts. In Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen 6. Jahrg. Berlin 1897.

Anschütz u. v. Völderndorff, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche. Bd. 3. Erlangen 1874.

Auerbach, Das neue Handelsgesetz, systematisch dargestellt. Abt. 2 : Kauf- und Kommissionsgeschäft. Frankfurt a. M. 1865.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. Berlin 1903.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen. Eine Sammlung von Entscheidungen des Reichsgerichts.

Breit, Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs nach dem neuen deutschen Handelsgesetzbuche. Leipzig 1899.

Brettner im Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand. 4. Jahrg. Hannover 1900.

Brinckmann, Lehrbuch des Handelsrechts, fortgesetzt von W. Endemann. Heidelberg 1853—1860.

Burchard, Das Recht der Spedition. Stuttgart 1894.

Busch, Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts. Bd. 1: Marcinowski, Das kaufmännische Kommissionsgeschäft. Bd. 6: Ackermann, Zur Lehre des Kommissionshandels. Leipzig.

Büsch, Theoretisch-praktische Darstellung der Handlung in deren mannigfaltigen Geschäften. Teil 1. Hamburg 1792.

Callmann, Das vertragsmäßige Pfandrecht der Banken an den on ihnen im Auftrage eines Kunden angeschafften Effekten. Im Bankarchiv 5. Jahrg. Berlin 1906.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 4. Aufl. Jena 1904.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. Stuttgart 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 3: Rechte an Sachen und an Rechten. Tübingen 1905.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. 2. Halle a. S. 1906.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. 3: Das Sachenrecht. Halle a. S. 1908.

Dernburg, Pandekten. Bd. 1: Allgemeiner Teil und Sachenrecht. 7. Aufl. Berlin 1902.

Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Bd. 1 u. 2. Leipzig 1860, 1864.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. Bd. 2 u. 3. Mannheim 1901, 1905.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. 1. u. 2. Aufl. Berlin 1904.

Eger, Das deutsche Frachtrecht mit besonderer Berücksichtigung des Eisenbahnfrachtrechts. Bd. 2. Berlin 1890.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Abt. 1: Sachenrecht. Berlin 1905.

Endemann, Das deutsche Handelsrecht. 3. Aufl. Heidelberg 1876.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Bd. 3. Leipzig 1885.

Endemann, Das deutsche Konkursverfahren, systematisch dargestellt. Leipzig 1889.

Fuld, Zum Mobiliarerwerb nach bürgerlichem und Handelsrecht. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 89 (n. F. Bd. 39). Freiburg i. Br.

Gad, Handbuch des allgemeinen deutschen Handelsrechts. Teil 1: Engeres Handelsrecht. Berlin 1863.

Gareis - Fuchsberger, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch. Berlin 1891.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 7. Aufl. Berlin 1903.

Gelpcke, Zeitschrift für Handelsrecht. 2. Heft. Berlin 1852.

Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches Bd. 1 4. Heft. Jena 1897.

Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 2: Sachenrecht. Leipzig 1905.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. Bd. 3. Berlin 1906.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Bd. 1. Abt. 2: enthaltend die Lehre von der Ware. Erlangen 1868.

Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts. 1. Lieferung. Stuttgart 1891.

Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 8 u. 10. Erlangen 1865, 1866.

Greber, Das Kontokorrentverhältnis. Freiburg i. Br. und Leipzig 1893.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. 4. Folge. 3. Jahrg. Berlin 1889.

Grünhut, Das Recht des Kommissionshandels. Wien 1879.

v. Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. 2. 2. Aufl. Braunschweig 1875—1883.

Hallbauer-Fuchs, Das deutsche Pfandrecht. Leipzig 1907.

Heises Handelsrecht. Frankfurt a. M. 1858.

Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 2. Aufl. Berlin 1904.

Jakoby, Das Recht der Bank- und Warenkommission nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche. Erlangen-Leipzig 1891.

Keyßner, Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch. Stuttgart 1878.

Kleinfeller, Konkursordnung für das Deutsche Reich. 4. Aufl. Lahr 1900.

Kober in v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und dem Einführungsgesetze. Bd. 3: Sachenrecht. 3./4. Aufl. München 1907.

Laband, Das kaufmännische Pfand- und Rententionsrecht. In Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 9. Erlangen 1866.

Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. Leipzig 1908.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 2. Berlin 1901.

Lepa, Die Lehre vom Selbsteintritte des Kommissionärs in Einkaufs- und Verkaufsaufträge nach dem deutschen Handelsgesetzbuch. Stuttgart 1883.

Lepa, Über den Ursprung des Kommissionshandels. In Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 26 (n. F. Bd. 11). Stuttgart 1881.

Lusensky, Gesetz betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere. 2. Aufl. Berlin 1905.

Lutz, Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches. Würzburg 1858.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Bd. 2. 3. Buch (Handelsgeschäfte). Berlin 1907.

Morstadt, Kommentar über das Handelsrecht Deutschlands und Frankreichs. Teil 1. Heidelberg 1849.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 3: Sachenrecht. Amtliche Ausgabe. Berlin 1896.

Motive zu dem Entwurfe eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten. Berlin 1857.

Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Bd. 6: Materialien zum Handelsgesetzbuch, Entwurf und Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes. Berlin 1897.

Müller-Erzbach, Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt. Berlin 1905.

Oertmann, Zivil- und handelsrechtliches Pfand- und Zurückbehaltungsrecht im Bankverkehr. Im Bankarchiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen 6. Jahrg. 1906/07.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 3: Sachenrecht. 3. Aufl. Berlin 1906.

Pöhls, Darstellung des gemeinen deutschen und des hamburgischen Handelsrechts. Hamburg 1828.

Puchelt-Förtsch, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. 2. Leipzig 1894.

Regelsberger in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 46 (2. Folge Bd. 10). Jena 1904.

Renaud, Rechtliche Gutachten (Ausgabe Hergenhahn). Bd. 1. Mannheim 1886.

Rießer, Das Bankdepotgesetz (Gesetz betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere) v. 5. 7. 1896. 2. Aufl. Berlin 1906.

Schott, Das Transportgeschäft. In Endemanns Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts Bd. 3. Leipzig 1885.

Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Siber, Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters, des Verpächters und des Gastwirtes nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. In Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß Bd. 5 2. Heft. Jena 1900.

Siegel, Corpus iuris cambialis, Leipzig 1742. Fortgesetzt von Uhl, Leipzig 1758, 1764, 1771.

Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 2. 8. Aufl. Berlin 1907.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 2. 6. u. 7. Aufl. Berlin 1900.

Strohal in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 38 (2. Folge Bd. 2). Jena 1898.

Thöl, Das Handelsrecht. Bd. 3: Das Transportgewerbe. Leipzig 1880.

Treitschke, Alphabetische Enzyklopädie der Wechselrechte und Wechselgesetze. Bd. 1. Leipzig 1831.

Treitschke, Rechtsgrundsätze vom Kommissionshandel. Leipzig 1839.

Wendt, Erwerb von einem Nichtberechtigten. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 89 (n. F. Bd. 39). Freiburg i. Br. 1899.

Wendt, Der mittelbare Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 87 (n. F. Bd. 37). Freiburg i. Br. 1897.

Wilda in Weiskes Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten. Bd. 2. Leipzig 1840.

Willenbücher, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch. Berlin 1891.

v. Wilmowski-Kurlbaum, Deutsche Reichskonkursordnung. 6. Aufl. Berlin 1906.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.

Wolff, Das Absonderungsrecht im Konkurse, systematisch dargestellt. Berlin 1892.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

§ 1.

Einleitung.

Der Kommissionshandel hat sich erst verhältnismäßig spät zu einem besonderen und selbständigen Zweig des Verkehrslebens ausgebildet.[1])

Erst als Handel und Verkehr an territorialer Ausdehnung gewannen, als die vermehrten Beziehungen zum Auslande es dem Kaufmann unmöglich machten, überall dort, wo er Handel treiben wollte, selbst zur Stelle zu sein oder sich ständig vertreten zu lassen, machte sich das Bedürfnis, außerhalb des Geschäftshauses stehende selbständige Kaufleute mit der Besorgung von Geschäften zu betrauen, fühlbar.

Man fand die Errichtung von auswärtigen Niederlassungen unter Leitung von angestellten Institoren, Faktoren kostspielig und gefährlich;[2]) man suchte und bestellte Mittelspersonen, die bereit waren, gegen eine mäßige Vergütung in eigenem

---

[1]) Über den Ursprung und die Entwicklung des Kommissionshandels vgl. besonders Grünhut, Kommissionshandel § 1 S. 1—27; Lepa in G. Z. Bd. 26 S. 438—482; Goldschmidt, Universalgeschichte § 4 Nr. 1 S. 21, § 9 III S. 262, § 10 VI Nr. 4 S. 331; Lehmann, Lehrb. d. HR. § 189 Nr. 2 u. 3 S. 801, 802; aus der älteren Literatur: Büsch, Theoret.-prakt. Darstellung der Handlung Teil 1 Buch 3 Kap. 2 §§ 1—4 S. 207ff.; Meno Pöhls Bd. 1 § 110 S. 248; Wilda in Weiskes Rechtslexikon Bd. 2 S. 709, 710; Marcinowski in Buschs Arch. Bd. 1 S. 358, 359; Ackermann ebenda Bd. 6 S. 283ff.

[2]) vgl. Grünhut, Kommissionshandel § 1 S. 9.

Namen für fremde Rechnung an entfernten Handelsplätzen tätig zu werden, und sich verpflichteten, den ihnen speziell erteilten Anweisungen nachzukommen.

Die mannigfachen Vorteile,[1]) welche diese Hilfskräfte vermöge ihrer eigentümlichen Stellung, ihrer Geschäftsverbindungen, ihrer speziellen Kenntnis der Lokalverhältnisse zu bieten in der Lage waren, machten sie dem Handelsverkehr allmählich unentbehrlich.

„Im 16. Jahrhundert umfaßt der Kommissionshandel der Italiener — wie wir aus den decisiones rotae Genuae ersehen — bereits alle Länder Europas. Um diese Zeit war aber die Kommission auch bei den Deutschen ein durchaus bekanntes und vollkommen fertiges Institut.“[2])

§ 2.

Kurzer Überblick über die geschichtliche Entwicklung des Pfand- und Befriedigungsrechts des Kommissionärs.

Von jeher[3]) erschien es im Interesse des Handelsverkehrs geboten, daß die mit dem Kommissionshandel sich befassenden Personen — die Kommissionäre — sich wegen der aus der Kommission erwachsenen Forderungen aus dem ihrer Verfügung unterstellten Gut oder dessen Erlös decken können. Begünstigt wurde die Anerkennung dieses Rechtes durch die Erkenntnis, daß eine unbedingte Sicherstellung des Kom-

---

[1]) vgl. Grünhut, Kommissionshandel § 2 S. 35—39.

[2]) vgl. Lepa a. a. O. S. 480.

[3]) Über die geschichtliche Entwicklung des Deckungsrechtes des Kommissionärs vgl. Goldschmidt, Handb. Bd. 1 Abt. 2 § 96 und Laband in G. Z. Bd. 9 S. 425—433.

missionärs auch für den Auftraggeber — den Kommittenten — von Vorteil war, da sie zu einer Beförderung des Kredits führen mußte. Dem Kommittenten war oft besonders daran gelegen, noch bevor die Ware abgesetzt und bezahlt war, sich den Wert derselben durch Erhebung von baren Vorschüssen oder durch Wechselziehung auf den Kommissionär zunutze zu machen. Zur Leistung solcher Vorschüsse bezw. zur Honorierung der Tratten zeigte sich dieser aber nur bereit, wenn er in der Ware oder deren Erlös seine Deckung hatte, da er gegen die häufigen und unberechenbaren Schwankungen in den Vermögensverhältnissen des Kommittenten gesichert sein wollte.

Das gemeine Recht gewährte indessen dem Kommissionär nur einen unzureichenden Schutz. Es gab ihm nur ein Retentionsrecht wegen konnexer[1]) Forderungen, das dinglich

[1]) An dem Erfordernis der Konnexität hielt die handelsrechtliche Literatur nahezu übereinstimmend fest; doch war man über den Begriff der Konnexität nicht einig; vgl. Goldschmidt, Handb. Bd. 1 Abt. 2 § 94 Fußnote 23 S. 975, 976; insbesondere war es streitig, ob auch die von dem Verkaufskommissionär auf das Gut geleisteten Vorschüsse bezw. Akzepte als konnexe Forderungen anzuerkennen seien. Dagegen erklärten sich Meno Pöhls § 114 S. 266 (vgl. aber andererseits S. 263), besonders aber Treitschke, Rechtsgrundsätze vom Kommissionshandel § 20 S. 69, 70. Das weitergehende Recht der Wechselordnungen will Treitschke, Enzyklopädie der Wechselrechte Bd. 1 Artikel Bezogener § 3 S. 228 als „singuläres" Recht auf das strengste interpretiert wissen; nach Wilda (in Weiskes Rechtslexikon Bd. 2 S. 717) steht dem Kommissionär das Retentionsrecht wegen Unkosten und Provision zu, nicht aber wegen anderer Forderungen. So kann er das Recht nicht geltend machen, wenn er bei einer Verkaufskommission Tratten des Komittenten honoriert hat. — Gegen diese Beschränkungen Heise § 18 B, 4 S. 43; Brinckmann § 32 Nr. 2 S. 107; Morstadt, Komm. zu Martens § 18 C S. 45.

berechtigten Dritten gegenüber nicht durchgriff und eine Befriedigung aus dem zurückbehaltenen Gegenstande nicht gestattete.[1])

In den größeren Handelsplätzen war man daher schon frühzeitig bestrebt, die dem Retentionsrecht gezogenen engen Schranken zugunsten des Kommissionärs zu beseitigen. Es beweisen das die zahlreichen partikulären Gesetze, insbesondere die Wechselordnungen des 17. und 18. Jahrhunderts, welche das Retentionsrecht des Kommissionärs zu einem gesetzlichen Pfandrecht mit Vorzugsrecht im Konkurse erhoben und hiermit zweifellos nur einen bereits in den größeren Handelsstädten bestehenden Handelsbrauch sanktionierten.[2])

Die Mehrzahl dieser partikularrechtlichen Anordnungen[3]) betraf nur den Verkaufskommissionär. So bestimmt z. B. der Chursächsische Decisiv-Befehl vom 4. 9. 1669[4]):

---

[1]) Auch war es sehr bestritten, ob das Retentionsrecht im Konkurse des Kommittenten wirksam bleibe. Die herrschende Ansicht war früher dagegen. So auch Laband in G. Z. Bd. 9 S. 426, 485 im Gegensatz zu Goldschmidt, Handb. Bd. 1 Abt. 2 § 95 Nr. 4e, 2 S. 993ff. Text und Anm. 51. Ebenda ausführliche Literaturangabe.

[2]) vgl. den Chursächsischen Decisiv-Befehl v. 4. 9. 1669, mit der Bemerkung „wie in andern Handels-Städten eingeführet und üblich seyn soll".

[3]) Eine Übersicht derselben findet sich bei Laband in G. Z. Bd. 9 S. 427, 428 Text und Fußnote 5; Goldschmidt, Handb. Bd. 1 Abt. 2 § 96 S. 1006, 1007 Fußnote 31—35; Grünhut, Kommissionshandel § 1 S. 21—25.

[4]) Siegel, Corpus iuris cambialis I S. 65 Abs. 2; Treitschke, Enzyklopädie der Wechselrechte Bd. 1 S. 226 unten. — Weiter geht die Leipziger Wechselordnung von 1682 § 34 (Siegel a. a. O. S. 57; Treitschke a. a. O. Bd. 1 S. 227 oben). Diese erklärt die Bestimmung des sächsischen Decisiv-Befehls auch auf den Fall für anwendbar, daß Waren überhaupt, nicht bloß Kommissionswaren, zur Verwahrung über-

„Drittens wollen Wir es, wegen derer Güther, welche einem oder dem andern in Commission gegeben, allerdings, wie in andern Handels-Städten eingeführet und üblich seyn soll, nicht weniger bey unserer Stadt Leipzig dergestalt hinführo gehalten und in acht genommen wissen, daß derjenige, so von einem andern, Waaren in Commission zu verkaufen, empfangen, dabeneben aber von demselben mit Wechsel beleget worden, wegen seines Vorschusses an denen empfangenen Waaren sich bezahlet zu machen berechtiget; auch, da in Fallimenten und sonsten solche Waaren mit Arrest oder Verbot beladen würden, er mehr nicht, als das Residuum, so nach seiner Befriedigung übrig verbleibet, heraus zu geben schuldig seyn soll".

Doch war auch für den Schutz des Einkaufskommissionärs in hinreichender Weise gesorgt, da vielfach das Deckungsrecht jedem Kaufmann gewährt wurde, der Waren oder Wertpapiere seines kaufmännischen Schuldners im Besitz hatte. Mit dem zunehmenden Kreditbedürfnis bildete sich nämlich im Kaufmannsstande immer mehr die Überzeugung aus, daß alle Vermögensstücke des Schuldners, welche im Geschäftsverkehr in die Hand des Gläubigers gelangten, auch im Falle des Konkurses zu dessen Sicherung und Befriedigung dienen müßten.[1]) Und es ergab sich von selbst, daß man hierbei an das Deckungsrecht des Kommissionärs anknüpfte, und so

---

geben worden sind. Durch die Churs. Erl. Prozeßordnung ad tit. 41 § 1 sind diese Gesetze auf ganz Sachsen ausgedehnt worden (vgl. Goldschmidt, Handb. Bd. 1 Abt. 2 S. 1007 Fußnote 32). Das sächs. EG. z. allgem. deutschen WO. v. 25. (24.) 4. 1849 hat diese Bestimmungen nicht aufgehoben, vielmehr ausdrücklich bestätigt (vgl. Ackermann in Buschs Arch. Bd. 6 S. 309).

[1]) vgl. Goldschmidt, Handb. Bd. 1 Abt. 2 § 96 S. 998.

wurde denn das Pfand- und Vorzugsrecht des Kommissionärs Grundlage und Vorbild der Entwicklung des allgemeinen kaufmännischen Deckungsrechtes.

Ungünstig gestellt war der Kommissionär in den preußischen Gebietsteilen. Nach dem allgem. Landrecht hatte er nur ein im Konkurse des Schuldners erlöschendes Retentionsrecht ohne Verkaufsrecht.[1]) Dieser unzureichende Schutz machte sich um so mehr fühlbar,[2]) als auch der code de commerce und die meisten der diesem nachgebildeten Gesetze, insbesondere das holländische Handelsgesetzbuch von 1838,[3]) ihm ein privilegiertes Deckungsrecht gewährten.

Eine Änderung dieses unbefriedigenden Rechtszustandes trat für das Gebiet des preußischen Rechts erst durch die preuß. Konkursordnung v. 8. 5. 1855 ein, welche im § 33 bestimmte:

„Mit den Faustpfandgläubigern haben gleiche Rechte:

---

[1]) Man gab dem Kommissionär das Retentionsrecht des Bevollmächtigten gemäß ALR. I, 13 §§ 82, 83 in Verb. mit Tit. 20 §§ 536 ff. Das Kommissionsgeschäft hat im ALR. überhaupt keine selbständige Regelung erfahren; es finden sich nur einzelne dürftige und verstreute Bestimmungen darüber (vgl. ALR. II, 8 §§ 698—701), wo beiläufig der Besorgung eines Wareneinkaufs und -verkaufs gedacht wird. Man hielt die Vorschriften über das Mandat für ausreichend (vgl. ALR. I, 13 §§ 5 ff.). Über die Mängel des preuß. Rechts vgl. namentlich Gelpcke, Zeitschr. f. HR. Heft 2 S. 95, 96, und über die Frage, inwieweit dadurch die partikulären Anordnungen beseitigt worden sind, Goldschmidt, Handb. Bd. 1 Abt. 2 § 96 Fußnote 48 u. 32 S. 1012 u. 1007.

[2]) vgl. Mot. z. preuß. Entw. Art. 292 S. 157.

[3]) Über das französisch-holländische Recht in seiner älteren Gestalt, das für den Württemb. und Frankfurter Entw. eines a. HGB. für Deutschland vorbildlich wurde, vgl. die Mot. z. preuß. Entw. Art. 292 S. 158, 159; Goldschmidt, Handb. Bd. 2 Abt. 1 § 96 S. 1009—1011; Grünhut § 33 Fußnote 2 S. 282 ff.; Laband in G. Z. Bd. 9 S. 428—431.

8. kaufmännische Kommissionäre und Spediteure in Ansehung der ihnen anvertrauten oder von ihnen angekauften oder besorgten Güter, Fonds und Effekten, wegen der auf dieselben verwendeten Kosten und gegebenen Vorschüsse oder Darlehen, ingleichen wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung im Kommissionsgeschäfte und Speditionsgeschäfte, sofern der Kommissionär oder Spediteur die Güter, Fonds und Effekten noch in seinem Gewahrsam oder die Konnossemente oder Lagerscheine darüber noch in Händen hat oder sonst noch in der Lage ist, darüber verfügen zu können".

Erhielt der Kommissionär hier auch kein gesetzliches Pfandrecht, sondern nur ein Separations- und Vorzugsrecht für den Fall des Konkurses oder eines sonstigen Prioritätsverfahrens, so war doch hierdurch für ihn in den praktisch wichtigsten Fällen gesorgt und den vieljährigen Wünschen des Handelsstandes[4]) und der Übung des Geschäftsverkehrs im wesentlichen Rechnung getragen.

Im Einklang mit dieser Rechtsentwicklung hat dann der preußische Entwurf zum Handelsgesetzbuch dem Kommissionär im Art. 292 Abs. 1 ein wirkliches Pfandrecht nach den Grundsätzen der preuß. Konkursordnung eingeräumt und diese Bestimmung noch dadurch ergänzt, daß er ihm im Abs. 2 ein Vorzugsrecht an den durch das Kommissionsgeschäft begründeten und noch ausstehenden Forderungen gewährte und im Art. 293 die Art und Weise der Befriedigung aus dem Kommissionsgut regelte.

Diese Bestimmungen des preußischen Entwurfs sind den Beratungen der Nürnberger Konferenz zugrunde gelegt worden und in die Art. 374, 375 a. HGB. übergegangen.

[4]) Bereits 1825 bei Revision der preußischen Gesetzgebung verlangt; vgl. Goldschmidt, Handb. Bd. 1 Abt. 2 § 96 S. 1012 Fußnote 53.

Das neue Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897 hat sich dieser Regelung angeschlossen, indem es dem Kommissionär zur Sicherung seiner Forderungen gegen den Kommittenten im § 397 ein gesetzliches Pfandrecht einräumt und ihm in den §§ 398, 399 gestattet, sich auch aus dem in seinem Eigentum stehenden Kommissionsgut bezw. aus den durch das Kommissionsgeschäft begründeten Forderungen gegen Dritte zu befriedigen.

Sachlich neu ist § 404, der dem Kommissionär das Pfand- und Befriedigungsrecht der §§ 397 u. 398 auch im Falle des Selbsteintritts gewährt und damit eine bisherige Streitfrage erledigt.

I. Das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs.

„Der Kommissionär hat an dem Kommissionsgute, sofern er es im Besitze hat, insbesondere mittelst Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann, ein Pfandrecht wegen der auf das Gut verwendeten Kosten, der Provision, der auf das Gut gegebenen Vorschüsse und Darlehen, der mit Rücksicht auf das Gut gezeichneten Wechsel oder in anderer Weise eingegangenen Verbindlichkeiten sowie wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften“ (§ 397 HGB.).

§ 3.

Der Gegenstand des Pfandrechts.

Gegenstand des Pfandrechts ist nach dem Wortlaute des Gesetzes das „Kommissionsgut“.

Wie sich aus den Beratungen [1]) der Nürnberger Konferenz ergibt, wählte man diese allgemeine Bezeichnung statt der im preußischen Entwurf gebrauchten Wortfassung, um der Pfandhaftung einen möglichst großen Umfang zu geben. Der Begriff des Kommissionsgutes sollte insbesondere weiter reichen als der des anvertrauten oder angekauften Gutes. Damit aber hatte der preußische Entwurf zum Ausdruck bringen wollen, daß der Kommissionär die gesicherte Stellung eines Pfandgläubigers auch in dem Falle haben solle, daß er keinen definitiven Auftrag zum Verkauf erhalten hat, vielmehr angewiesen ist, das Gut einstweilen nur zur Verfügung seines Kommittenten zu halten.[2])

Kommissionsgut ist aber durchaus nicht jeder Gegenstand, der aus Anlaß des Kommissionsverhältnisses an den Kommissionär gelangt ist.[3]) Denn in weiterem Verfolg dieser Auffassung würde man auch Gegenstände, die nur dem Transport des Kommissionsgutes dienen sollen, wie Pferd und Wagen, als Kommissionsgut betrachten müssen, wenn sie zeitweilig in den Besitz des Kommissionärs gelangt sind.[4]) Vielmehr ist unter Kommissionsgut nur dasjenige zu verstehen, was der Kommissionär als Gegenstand des kommittierten Geschäfts anzusehen hat.[5])

[1]) vgl. Lutz, Prot. S. 1208: „Da man den Ausdruck ‚an dem ihm anvertrauten oder von ihm angekauften Gute' für zu eng hielt, beschloß man, statt desselben ‚an dem Kommissionsgute' zu setzen".

[2]) Mot. z. preuß. Entw. S. 159.

[3]) Zu weitgehend daher die Definition bei Willenbücher Art. 374 Nr. 1 S. 485 und v. Hahn Art. 374 § 6 S. 498.

[4]) Daß diese nicht als Kommissionsgut gelten können, ist ausdrücklich entschieden worden; vgl. RG. in Gruchot Bd. 33 S. 1049 und JurW. 1889 S. 290, 24; vgl. auch Bolze Bd. 8 Nr. 433.

[5]) So Staub § 397 Anm. 3 S. 1783.

Dazu gehören aber nicht nur die ihm ausdrücklich zum Zwecke des Verkaufs zugesandten und die von ihm für Rechnung des Kommittenten eingekauften Waren und Wertpapiere, sondern auch diejenigen, welche er bei bestehender Geschäftsverbindung nicht mit dem Auftrag zum alsbaldigen Verkauf, sondern mit der Weisung zu einstweiliger Aufbewahrung übergeben erhalten hat, gleichviel ob der Kommittent nachträglich den Verkauf auch wirklich anordnet, oder ob er das Gut zurückverlangt oder in sonstiger Weise darüber verfügt.[1]) In allen diesen Fällen handelt der Kommissionär als solcher; insbesondere ist auch das zunächst nur mit Beschränkung seiner Dispositionsbefugnis übernommene Gut Gegenstand des kommittierten Geschäfts, auch wenn ihm die Möglichkeit zum Verkauf nachträglich genommen wird.[2])

Ebenso verliert das Gut nicht die Eigenschaft als Kommissionsgut, wenn der Einkaufskommissionär dasselbe dem Willen des Kommittenten entsprechend einstweilen für ihn in Verwahrung nimmt,[3]) oder wenn der Kommissionsauftrag widerrufen wird oder aus einem sonstigen Grunde erlischt. Ein bereits vorher begründetes Pfandrecht bleibt daher trotz Widerrufs des Kommittenten oder Kündigung des Kommissionärs bei Bestand.[4])

---

[1]) vgl. Mot. z. preuß. Entw. S. 159; ROHG. Bd. 20 Nr. 26 S. 89, 90, Bd. 15 Nr. 118 S. 424 (Übergabe von Papieren, um darauf Zinsen zu erheben, um darauf fallende Aktien zu besorgen). Für Talons nicht anerkannt: RG. Bd. 3 Nr. 44 S. 154, 155.

[2]) vgl. Laband in G. Z. Bd. 9 § 9 II, 1 S. 438; Grünhut, Kommissionshandel § 33 S. 295; derselbe in Endemanns Handb. Bd. 3 § 319 S. 218.

[3]) vgl. ROHG. Bd. 20 Nr. 26 S. 88.

[4]) vgl. v. Hahn Art. 374 § 6 S. 498.

Das Rechtsgeschäft, auf Grund dessen der Kommissionär in den Besitz des Gutes gekommen ist, muß ein Kommissionsgeschäft sein. Fehlt es an dieser Voraussetzung, so ist das Gut nicht als Kommissionsgut zu betrachten.

So fallen nicht unter den Begriff Gegenstände, die der Kommissionär auf Grund eines reinen Verwahrungsvertrags oder einer mietweisen Überlassung eines Teils seines Magazins als Lagerraum in seinem Besitze hat;[1]) ferner nicht Güter, die ihm zur Sicherung seiner Ansprüche kraft besonderer Abmachung verpfändet sind;[2]) ebensowenig die Beförderungs- oder Verpackungsmittel, die nur der Übermittlung des Kommissionsgutes dienen und nach Beendigung des Transportes zurückgegeben werden müssen.[3])

Weiter scheiden aus Grundstücke. Nach bisherigem Recht

---

[1]) vgl. Laband in G. Z. Bd. 9 § 9 II, 1 S. 439; Grünhut § 33 S. 295; Anschütz-v. Völderndorff Art. 374 III S. 372. Anderer Ansicht anscheinend Puchelt-Förtsch Art. 374 Nr. 3 S. 1109. Nach diesen soll es auf die Natur des Rechtsgeschäfts, durch welches der Kommissionär den Besitz erlangt hat, nicht ankommen. Die Bezugnahme auf ROHG. Bd. 20 S. 86 ff. erscheint irrtümlich, denn hier ist gerade ausgesprochen, daß bei bestehender Geschäftsverbindung eine Übergabe zur Aufbewahrung die Annahme als Depositum ausschließt.

[2]) vgl. KG. v. 13. 2. 1893 in G. Z. Bd. 44 S. 243.

[3]) vgl. RG. bei Bolze Bd. 8 Nr. 433 S. 199 und in Gruchot Bd. 33 S. 1048, 1049 und JurW. 1889 S. 290, 24 (Wenn Spiritus in Bassinwagen dem Kommissionär zugeführt wird, dieser dann den Spiritus abzulassen und auf Fässer gefüllt dem dritten Käufer auszuliefern hat, so können zwar diese Fässer, sofern sie vom Kommittenten gestellt sind, als zum Kommissionsgute gehörig angesehen werden, nicht aber die lediglich zum Transport bestimmten Bassinwagen); vgl. auch Düringer-Hachenburg § 397 Note II, 2 S. 415: „Ist die Ware nur ohne ihre Verpackung oder Umhüllung, in der sie geliefert wird, einzukaufen oder zu verkaufen, so gehört die Verpackung usw. nicht zum Kommissionsgut".

ergab sich dies schon daraus, daß hinsichtlich ihrer eine Kommission überhaupt nicht möglich war, indem Verträge über Immobilien nach Art. 275 a. HGB. keine Handelsgeschäfte[1]) sein konnten. Dieser Grund trifft heute freilich nicht mehr zu, denn gemäß § 406 neues HGB. können auch Grundstücke Gegenstand einer Kommission — sogen. uneigentliche Kommission — sein. Gleichwohl wird man aber zu demselben Ergebnis gelangen müssen wie früher. Dem bürgerlichen Recht ist nämlich die Entstehung gesetzlicher Pfandrechte an Grundstücken im allgemeinen fremd,[2]) und es ist daher anzunehmen, daß der Gesetzgeber, wenn er hier ein solches hätte zulassen wollen, dies ausdrücklich hervorgehoben hätte.[3])

Ausgeschlossen sind ferner urkundlich nicht verbriefte Rechte, weil ihre Hinzurechnung zu den als Kommissionsgut anzusehenden Gegenständen in Widerspruch treten würde mit der unten zu besprechenden Voraussetzung des Pfandrechts, daß der Kommissionär den Besitz am Kommissionsgut erlangt haben muß.

Endlich sind auszuscheiden alle Gegenstände, die keinen selbständigen Vermögenswert haben, weil aus ihnen eine Befriedigung nicht möglich ist und sie somit nicht geeignet sind, den Pfandrechtszwecken zu dienen.[4]) So können insbesondere

[1]) vgl. die Definition des Begriffs des Kommissionärs in Art. 360 Abs. 1 und dazu Art. 378 a. HGB.

[2]) Die Bestimmung des § 1287 BGB., wonach der Gläubiger, wenn ihm eine auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück gerichtete Forderung verpfändet ist, kraft Gesetzes eine Sicherungshypothek erwirbt, bildet eine Ausnahme; vgl. Kipp bei Windscheid § 232 II S. 1166.

[3]) Derselben Ansicht Lehmann-Ring § 397 Nr. 11 S. 250; anderer Meinung Hallbauer-Fuchs S. 157 II, 2.

[4]) vgl. Puchelt-Förtsch Art. 374 Nr. 6 S. 1110,1111; Düringer-Hachenburg § 397 Note II. 2 S. 415; Lehmann-Ring § 397

Papiere, welche nicht selbständige Träger einer Obligation sind, sondern sich als bloße Legitimations- oder Beweisurkunden darstellen, wie z. B. Talons,[1]) Versicherungspolicen, Hypothekenbriefe, mangels eines realisierbaren Vermögenswertes als ein als Pfandobjekt geeignetes Kommissionsgut nicht betrachtet werden.

Soll das Kommissionsgut dem Pfandrecht unterliegen, so darf es ferner nicht Eigentum des Kommissionärs sein, da ein Pfandrecht an eigener Sache nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht selbständig entstehen kann.[2]) Doch gibt ihm das Gesetz im § 398 für diesen Fall das Recht, sich aus dem Gute wie ein Pfandgläubiger zu befriedigen.

Andererseits ist es aber nicht unbedingt notwendig, daß das Kommissionsgut im Eigentum des Kommittenten steht oder auch nur dessen Verfügung vom Eigentümer unterstellt ist. Vielmehr kann der Mangel im Recht des Kommittenten durch den guten Glauben des Kommissionärs ausgeglichen werden, wie unten näher erörtet werden soll.

Neben dem Erfordernis, daß der der Pfandhaftung unterliegende Gegenstand Kommissionsgut sein muß, ist vom Gesetz als weitere Voraussetzung des Pfandrechts ausdrücklich hervorgehoben, daß der Kommissionär sich im Besitz des Gutes befinden muß. Unter Besitz im Sinne des § 397 ist aber unmittelbarer wie mittelbarer Besitz[3]) zu verstehen.

Nr. 11 S. 250; Staub § 397 Anm. 3 S. 1783; auch Makower § 397 Ia, 2 S. 1403.

[1]) vgl. RG. Bd. 3 Nr. 44 S. 154, 155.

[2]) vgl. l. 45 D. de R. J. 50, 17: „Neque pignus neque depositum neque precarium neque emptio neque locatio rei suae consistere potest".

[3]) Über die Frage, inwieweit Bestimmungen, welche rechtliche Folgen an den Besitz knüpfen, auch auf das Verhältnis des mittelbaren Besitzes

Dies ergibt sich insbesondere daraus, daß das Gesetz auch die Möglichkeit, über das Gut mittels Dispositionspapieres zu verfügen, für ausreichend erachtet. Es genügt also, wenn ein anderer für den Kommissionär die Pfandsache auf Grund eines Rechtsverhältnisses besitzt, vermöge dessen er diesem gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist (§ 868 BGB.). Der mittelbare Besitz ist selbst dann hinreichend, wenn der unmittelbare Besitzer seinerseits sich auf ein Pfandrecht am Kommissionsgut berufen kann, ein Fall, der insbesondere dann eintritt, wenn der Kommissionär das Gut einem Spediteur, Lagerhalter oder Frachtführer ausgehändigt hat.

Nur kann der Kommittent oder Eigentümer[1]) nicht selbst den Pfandbesitz für den Kommissionär ausüben, da in diesem Falle das Bestehen eines Pfandrechts für Dritte nicht mehr erkennbar sein würde.[2])

Im Besitze des Gutes ist der Kommissionär, wie bereits erwähnt, auch dann, wenn er in der Lage ist, mittels Dis-

---

anzuwenden sind, vgl. Dernburg, B. R. Bd. 3 § 13 Nr. 3 S. 55; Biermann § 868 Nr. 5 S. 37; Kober § 868 I Nr. 3a S. 52; Planck § 868 Nr. 4 S. 65; Strohal, Der Sachbesitz nach dem BGB., besonders S. 29 VI. Über das Wesen des mittelbaren Besitzes s. auch Wendt im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 87 S. 47 ff.

[1]) vgl. Lehmann u. Ring § 397 Nr. 13 S. 250.

[2]) Übt ein Dritter als Besitzmittler des Kommissionärs die tatsächliche Gewalt aus, so wird „die Erkennbarkeit nicht des Pfandrechts, sondern nur der Person des Pfandgläubigers beeinträchtigt"; vgl. Siber § 11 Nr. 2aα S. 76 und andererseits Leonhard in Ecks Vorträge Bd. 2 § 40 Fußnote 2 S. 324: „Wollte man mit dem Erfordernis der Erkennbarkeit des Pfandrechts wirklich ernst machen, so müßte man eine Anlegung von Siegeln und dergleichen Maßregeln, wie sie bei Pfändungen vorkommen, als Verpfändungsform verlangen".

positionspapieres (Konnossements, Ladescheins, Lagerscheins) über das Gut zu verfügen. Dazu gehört aber, daß er das Papier übergeben erhalten hat[1]) und nach dessen Inhalt zur Empfangnahme als Adressat oder Indossatar legitimiert ist. Nur in diesem Falle gibt ihm der Besitz des Papiers ein Pfandrecht am Gute selbst, da die dinglichen Wirkungen der Übergabe eines Dispositionspapieres nur zugunsten des aus demselben legitimierten Empfängers eintreten. Ist der Kommissionär in den Besitz eines Papiers gelangt, das den Kommittenten oder einen Dritten als Verfügungsberechtigten ausweist, so erwirbt er zwar auch ein Pfandrecht, aber nur an dem Papier als solchem, nicht an dem Gute. Er ist nur befugt, die durch das Papier verbriefte Forderung einzuziehen, kann also vom Papierschuldner zunächst nichts weiter als die Herausgabe der verbrieften Ware verlangen, und erst mit der in Gemäßheit der §§ 1281, 1282 BGB. erfolgten Leistung des Schuldners erhält er nach § 1287 BGB. ein Pfandrecht an dem Kommissionsgute.[2])

§ 4.

Die Entstehung des Pfandrechts, insbesondere die Wirkungskraft des guten Glaubens.

Das Pfandrecht des Kommissionärs gehört zu den gesetzlichen Pfandrechten, denen im Gegensatz zu den vertragsmäßigen eigentümlich ist, daß sie unabhängig von Wissen und Wollen der Parteien zur Entstehung gelangen. Man darf hier auch nicht an eine stillschweigende Verpfändung denken, etwa

[1]) vgl. Entsch. d. RG. Bd. 13 Nr. 30 S. 120, 121.

[2]) vgl. zu den vorstehenden Ausführungen Staub § 368 Anm. 76, 77 S. 1376.

den Verpfändungswillen präsumieren;[1]) selbst ein ausdrücklicher Widerspruch des Kommittenten hindert das Zustandekommen eines Pfandnexus nicht;[2]) eine „Verpfändung" liegt überhaupt nicht vor, vielmehr tritt an deren Stelle die Anordnung durch das Gesetz.

Der Auftrag des Kommittenten an den Kommissionär begründet hier den Tatbestand, aus dem pfandgesicherte Forderungen entstehen können. Wir sagen nicht ohne Absicht „entstehen können", denn ebenso wie auch durch Rechtsgeschäft ein Pfandrecht für eine künftige Forderung bestellt werden kann,[3]) so muß es auch hier genügen, daß durch den Kommissionsvertrag die Entstehung einer Forderung der im § 397 HGB. bezeichneten Art bereits als eine künftig mögliche vorgesehen ist.[4]) Sodann aber muß zu dem Abschluß eines gültigen Kommissionsvertrages noch ein weiteres äußeres Tatbestandsmoment hinzutreten: der Kommissionär muß auf Grund des Kommissionsvertrages in den unmittelbaren oder wenigstens mittelbaren Besitz des Kommissionsgutes gelangt sein. Erst

---

[1]) vgl. Dernburg, Pand. Bd. 1 § 265 Nr. 1 S. 651. Die Römer sprechen von tacitae conventiones, hypotheca tacita; der Ausdruck pignus legale, hypotheca legalis findet sich in den Quellen nicht. Diese Bezeichnung knüpft an die Pfandrechte des Verpächters und des Vermieters an; doch lag in dieser Anknüpfung an den Vertrag später nur noch eine Form, eine Fiktion (vgl. Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts Bd. 1 § 35 S. 293 und Windscheid-Kipp Bd. 1 § 231 S. 1159 Fußnote 1).

[2]) Nur durch Vertrag zwischen dem Kommissionär und dem Kommittenten kann das Pfandrecht ausgeschlossen werden; vgl. Lehmann-Ring § 397 Nr. 4 S. 248.

[3]) § 1204 Abs. 2 BGB.

[4]) vgl. Düringer-Hachenburg Vorbem. zu § 368 Note XI, 3 a S. 546.

bei dem Zusammentreffen dieser beiden Voraussetzungen ist das Pfandrecht begründet.

Da das Gesetz in subjektiver Beziehung nur verlangt, daß der Gläubiger Kommissionär[1]) im Sinne des Handelsgesetzbuches sei, über die Person des Schuldners aber nichts sagt, so ist es für die Entstehung des Pfandrechts unerheblich, ob der Kommittent Kaufmann ist, ob der Kommissionsauftrag sowie die Übergabe des Gutes in seinem Handelsbetriebe erfolgt ist oder nicht.

Hierin erblickte man auch schon unter der Herrschaft des alten Handelsgesetzbuches allgemein[2]) einen Gegensatz zu dem auf Vertrag beruhenden kaufmännischen Faustpfand und dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht. Doch wollten manche Schriftsteller dem Kommissionär gegenüber dinglichen Ansprüchen Dritter den besonderen Schutz des Art. 306 nur unter der Voraussetzung gewähren, daß die Übertragung des Kommissionsgutes von einem Kaufmann in dessen Handelsbetriebe ausgegangen ist.[3]) Diese auf den Wortlaut und den

[1]) Der Begriff des Kommissionärs ergibt sich aus § 383 HGB.; gleichgestellt ist dem Kommissionär jeder Kaufmann unter den besonderen Voraussetzungen des § 406 HGB.

[2]) Wenigstens soweit es sich um Kommissionsgut handelt, an dem Rechte Dritter nicht bestehen; vgl. die folgende Anmerkung.

[3]) Am weitesten ging in dieser Beziehung v. Hahn Art. 374 § 3 S. 496, 497; vgl. auch Art. 382 § 2 S. 546, Art. 409 § 3 S. 665. Dieser wollte — in Verkennung der Tatsache, daß bei dem gesetzlichen Pfandrecht die Umstände anders liegen als bei dem vertragsmäßigen — für den Fall, daß die Übergabe des Gutes nicht durch einen Kaufmann in dessen Handelsbetriebe erfolgt ist, die Wirksamkeit und Priorität des Pfandrechts überhaupt lediglich nach dem allgemeinen bürgerlichen Recht beurteilt wissen. Dagegen nahmen Laband in G. Z. Bd. 9 § 11 II, 1 S. 452; vgl. auch § 13 IV, 2 S. 465, 466; Anschütz-v. Völdern-

äußeren Zusammenhang der Abs. 2 u. 3 des Art. 306 a. HGB. gestützte Auffassung entsprach jedoch weder dem praktischen Bedürfnis noch dem Sinne des Gesetzes. Mit Recht wurde daher von Goldschmidt,[1]) Grünhut, Keyßner demgegenüber hervorgehoben, daß zufolge der im Art. 306 angeordneten Gleichstellung des gesetzlichen Pfandrechts aus Art. 374 mit dem durch Vertrag erworbenen Pfandrecht der Schutz des guten Glaubens dem Kommissionär auch dann zustatten kommen müsse, wenn er das Gut von einem Nichtkaufmann erhalten hatte.

Der allgemeine dem fortwirkenden Einfluß des deutschrechtlichen Handwahrehandprinzips entsprechende Grundgedanke der Bestimmungen des Art. 306 a. HGB., daß der gutgläubige Erwerber Anspruch auf rechtlichen Schutz habe, mußte notwendig auch auf das allgemeine bürgerliche Recht hinüberwirken, weil er sowohl dem Bedürfnis der Rechtssicherheit als auch dem Verkehrsinteresse entspricht. So ist denn aus dem „gemeinsamen Minimalrecht für den Handelsverkehr" im wesentlichen allgemeines bürgerliches Recht geworden.[2]) Eine Ausdehnung des Grundsatzes „Hand wahre Hand" auf die gesetzlichen Pfandrechte hat aber nicht statt-

---

dorff Bd. 3 Art. 374 IV S. 373–375; vgl. auch Art. 382 IV S. 407; Puchelt-Förtsch Art. 374 Nr. 4 S. 1109, 1110; vgl. auch Art. 382 Nr. 4 S. 1150; Art. 409 Nr. 1 S. 1250 an, daß es dann zwar dinglichen Rechten Dritter gegenüber nicht geschützt sei, im übrigen aber mit allen seinen Wirkungen bestehe.

[1]) Goldschmidt, Handb. Bd. 1 Abt. 2 § 97 Nr. 2 S. 1023, 1024; Grünhut, Kommissionshandel § 33 S. 299; Keyßner Art. 374 Nr. 5 S. 410; vgl. auch Art. 409 Nr. 1 S. 466, 467.

[2]) vgl. Goldschmidts Voraussage in seiner Zeitschr. Bd. 8 S. 227 und Bd. 9 § 18 S. 68 Abs. 1.

gefunden.[1]) Der Schutz des gutgläubigen Erwerbes vom Nichtberechtigten bezieht sich nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nur auf die Fälle rechtsgeschäftlicher Veräußerung und Belastung von Fahrnis und geht auch in dieser Beziehung nicht so weit wie nach bisherigem Recht.

Während nämlich nach Art. 306 a. HGB. der Erwerber auch dann als gutgläubig angesehen wurde, wenn er den Veräußerer oder Verpfänder zwar nicht für den Eigentümer gehalten, aber angenommen hat, daß derselbe zur Verfügung über die Sache befugt sei,[2]) ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis nicht ausreichend. Gutgläubig im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches ist nur derjenige, welcher an das Eigentumsrecht des Nichtberechtigten glaubt, ohne daß ihm dabei grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt (§ 932 Abs. 2 BGB.).

Für das auf den Zwischenhandel angewiesene Handelsleben war eine Erweiterung des Schutzes des guten Glaubens unerläßlich, insbesondere war es geboten, nach dem Vorgange des alten Handelsgesetzbuches die gesetzlichen Pfandrechte des Handelsrechts unter die Regeln des Erwerbes in gutem Glauben zu stellen.[3])

---

[1]) Dies folgt schon aus § 1257 BGB., nach dem die Vorschriften über das rechtsgeschäftliche Pfandrecht auf ein kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht, mithin nicht auf die Entstehung selbst, entsprechende Anwendung finden; vgl. Crome, System § 506 II, 2 S. 88; Dernburg § 263 III, 2 S. 899. Text u. Fußnote 14; Endemann, B. R. § 134 Nr. 5 Fußnote 33 S. 900, 901; Siber S. 41, 42; Biermann § 1257 Nr. 2 S. 476; Kober § 1257 II, 1a S. 894; Planck § 1257 Nr. 3a S. 812; Cosack, Handelsrecht § 30 II, 1 S. 127; Wendt im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 89 S. 32; jetzt auch Staub § 366 Anm. 60 S. 1350.

[2]) vgl. Denkschr. z. Entw. eines HGB. (Mugdan) S. 362 oben.

[3]) vgl. Denkschr. z. Entw. eines HGB. (Mugdan) a. a. O.

Das neue Handelsgesetzbuch hat daher in dem § 366 eine Sonderbestimmung für den Handelsverkehr gegeben, die dem bisherigen Rechte entspricht.

§ 366 HGB. lautet:

„Veräußert oder verpfändet ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes eine ihm nicht gehörige bewegliche Sache, so finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auch dann Anwendung, wenn der gute Glaube des Erwerbers die Befugnis des Veräußerers oder Verpfänders, über die Sache für den Eigentümer zu verfügen, betrifft.

Ist die Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so finden die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auch dann Anwendung, wenn der gute Glaube die Befugnis des Veräußerers oder Verpfänders, ohne Vorbehalt des Rechtes über die Sache zu verfügen, betrifft.

Das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs, des Spediteurs, des Lagerhalters und des Frachtführers steht hinsichtlich des Schutzes des guten Glaubens einem gemäß Abs. 1 durch Vertrag erworbenen Pfandrechte gleich".

In Abweichung von den gesetzlichen Pfandrechten des bürgerlichen Rechts soll hiernach also der gute Glaube des Erwerbers eines handelsrechtlichen gesetzlichen Pfandrechts berücksichtigt werden, und zwar auch hier der gute Glaube in dem weiten Sinne des § 366 Abs. 1 u. 2 HGB. Dabei begründet es, wie durch die Fassung des § 366 unzweideutig festgestellt ist, keinen Unterschied, ob der Schuldner Kaufmann ist oder nicht.[1])

[1]) Die bisherige Streitfrage (vgl. oben S. 17 u. 18) ist damit entschieden; s. Denkschr. z. Entw. eines HGB. (Mugdan) S. 362, 363.

Notwendige Grundlage des gutgläubigen Erwerbes ist das Bestehen eines gültigen Kommissionsvertrages und die Übergabe des Kommissionsgutes.

Der Glaube, ein Pfandrecht erworben zu haben, reicht als solcher niemals aus. Es müssen alle sonstigen objektiven oder subjektiven Voraussetzungen für den Pfandrechtserwerb vorhanden sein. Es muß ein gültiges Kommissionsgeschäft vorliegen, und der Kommissionär muß auf Grund desselben in den Besitz des Gutes gelangt sein. Erst bei dem Zusammentreffen dieser beiden Momente ist ein gutgläubiger Erwerb denkbar.

Insbesondere können also die dem Kommissionsvertrag anhaftenden rechtlichen Mängel durch den guten Glauben nicht geheilt werden. Minderjährigkeit, Geisteskrankheit des Kommittenten stehen dem gutgläubigen Erwerb stets entgegen, mag der Irrtum über die Geschäftsfähigkeit des Kommittenten noch so entschuldbar sein.

Bei dem gesetzlichen Pfandrechte des Kommissionärs tritt an die Stelle des Pfandvertrages der Kommissionsvertrag. Die Stelle des Pfandbestellers nimmt daher der Kommittent ein.

Gutgläubig im Sinne des Handelsgesetzbuches ist der Kommissionär mithin dann, wenn er ohne grobe Fahrlässigkeit annimmt, der Kommittent sei zur Erteilung des Kommissionsauftrages berechtigt. Hält er den Kommittenten für befugt, den Kommissionsvertrag mit ihm abzuschließen, und ist er auf Grund dieses Vertrages in den Besitz des Kommissionsgutes gelangt, so hat er das gesetzlich mit der Übernahme der Kommission verbundene Pfandrecht redlich erworben.[1])

[1]) vgl. Laband in G. Z. Bd. 9 § 13 IV, 1 S. 465.

Wann nun ein Verstoß gegen die ihm obliegende Sorgfalt vorliegt, ist Tatfrage. Man darf davon ausgehen, daß der Kommissionär keine rechtliche Veranlassung hat, seinen Auftraggeber über das Recht zur Erteilung der Kommission zu befragen, aber wenn ihn ein wichtiger Umstand darauf hinweist, daß er dieses Recht nicht hat, so wird man ihn für verpflichtet halten müssen, darüber Ermittlungen anzustellen; unterläßt er dies, so wird er als gutgläubig nicht angesehen werden können.

Zu einer erhöhten Aufmerksamkeit ist der Bankier verpflichtet, der als Kommissionär für Rechnung seines Auftraggebers tätig wird. Für diesen Fall greift nämlich § 367 HGB. ein,[1]) welcher bestimmt:

„Wird ein Inhaberpapier, das dem Eigentümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist, an einen Kaufmann, der Bankier- oder Geldwechslergeschäfte betreibt, ... verpfändet, so gilt dessen guter Glaube als ausgeschlossen, wenn zur Zeit der ... Verpfändung der Verlust des Papiers von einer öffentlichen Behörde oder von dem aus der Urkunde Verpflichteten im Deutschen Reichsanzeiger bekannt gemacht und seit dem Ablaufe des Jahres, in welchem die Veröffentlichung erfolgt ist, nicht mehr als ein Jahr verstrichen war".

Diese Bestimmung gibt nicht nur ein gesetzliches Beispiel von Schlechtgläubigkeit,[2]) sondern darüber hinaus eine

---

[1]) Mit Wendt (S. 16) die Anwendung des § 367 HGB. auf Eigenerwerb des Bankiers zu beschränken, liegt kein Grund vor. § 166 BGB. kommt nicht in Betracht, da der Kommissionär kein Stellvertreter ist; vgl. Staub Bd. 2 § 366 Anm. 65 S. 1351; Hallbauer-Fuchs S. 154; Rießer § 8 Nr. 7 S. 76; auch Lehmann-Ring Bd. 2 § 367 Nr. 4 S. 82.

[2]) So Staub § 367 Einleitung S. 1357.

Vermutung für den schlechten Glauben des Erwerbers.[1]) Denn während sonst nach den Regeln des Zivilrechts der gute Glaube des Erwerbers zu vermuten ist und es dem Eigentümer obliegt, dessen Unredlichkeit nachzuweisen, gilt nach § 367 HGB. unter den dort angegebenen Voraussetzungen der schlechte Glaube des Erwerbers als erwiesen, und es bleibt ihm nur der Gegenbeweis, daß er infolge besonderer Umstände die Veröffentlichung weder kannte noch kennen mußte.

Aus den bisherigen Ausführungen geht schon hervor, daß es nur auf den guten Glauben des Kommissionärs ankommt, und daß dieser sich nur auf das Recht des Kommittenten zu beziehen braucht. Hält der Kommissionär infolge entschuldbaren Irrtums den Kommittenten für berechtigt, den Kommissionsvertrag mit ihm abzuschließen, so genügt dies für seine Redlichkeit, auch wenn er weiß, daß dessen Vormann nicht verfügungsberechtigt war.[2]) Auf den guten Glauben in Ansehung der Berechtigung eines früheren Vormannes kommt es ebensowenig an wie auf die Redlichkeit des Kommittenten. In gleicher Weise ist der Kommissionär als gutgläubig anzusehen, wenn er ohne grobe Fahrlässigkeit annimmt, der Kommittent habe bei dem Erwerbe der Sache seinen Vormann gutgläubig für verfügungsberechtigt gehalten, denn dann ist er jedenfalls der Meinung, daß der Kommittent Eigentümer geworden sei.[3])

Für den Zeitpunkt, in welchem der gute Glaube vorhanden sein muß, ist der Augenblick maßgebend, in welchem

---

[1]) vgl. auch Lehmann-Ring § 367 Nr. 1 S. 81; Düringer-Hachenburg § 367 Note I S. 480; Planck § 932 Nr. 2 Abs. 5 S. 232; Fuld S. 412.

[2]) Bolze 11 Nr. 38.

[3]) Staub § 366 Anm. 21 S. 1338, 1339.

der das Pfandrecht erzeugende Tatbestand gegeben ist. Der Kommissionär muß also zur Zeit des Abschlusses des Kommissionsvertrages und der Besitzerlangung des Kommissionsgutes gutgläubig gewesen sein. Wenn er vor dieser Zeit wußte oder wissen mußte, daß der Kommittent nicht zur Verfügung über das Kommissionsgut berechtigt war, so schadet ihm das nichts; doch wird aus seiner früheren Bösgläubigkeit auf deren Fortbestehen in dem kritischen Zeitpunkte geschlossen werden, so daß es des Nachweises besonderer Umstände seitens des Erwerbers bedarf, welche seinen guten Glauben begründen. Später eintretende Schlechtgläubigkeit ist dagegen stets bedeutungslos, sie vermag das wirksam entstandene Pfandrecht nicht zu beseitigen. Es gilt der Satz: mala fides superveniens non nocet.

Auf den guten oder bösen Glauben des Kommissionärs kommt es jedoch dann nicht mehr an, wenn die Sache dem Eigentümer oder seinem Besitzmittler gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist. Nach § 1207 in Verb. mit § 935 BGB. kann er an solchen Sachen überhaupt kein Pfandrecht erwerben.[1]) Dies gilt auch dann, wenn nicht der Kommittent, sondern einer seiner Rechtsvorgänger das Gut abhanden gebracht hatte. Denn die abhanden gekommene Sache ist gleichsam mit einem Banne belegt[2]) und bleibt vermöge desselben so lange objektiv unfähig für den Rechtserwerb eines Dritten, als sie nicht nachträglich wieder in den Besitz des Eigentümers oder seines Besitzmittlers gekommen ist.[3])

---

[1]) Vorbehaltlich der Ausnahmen des § 935 Abs. 2 BGB.

[2]) Cosack, B. R.[4] Bd. 2 § 198 IV, 2a S. 122.

[3]) Biermann § 935 Nr. 2 S. 145; Kober § 935 I, 2b S. 316; Gierke, PrivR. Bd. 2 § 134 III, 3 Text und Fußnote 92 S. 572; Cosack, B. R.[4] Bd. 2 § 198 IV, 2b S. 123 unter den Beispielen α—γ.

Was ist nun aber unter einer abhanden gekommenen Sache zu verstehen?

Wie schon die bisherige Rechtsprechung[1]) bei Auslegung des für den § 935 Abs. 1 BGB. vorbildlichen Art. 306 Abs. 4 a. HGB. anerkannt hat, liegt die prinzipielle Voraussetzung für die Ausnahme vom Schutze des guten Glaubens in dem unfreiwilligen Besitzverluste. Das Gesetz will durch die Formulierung alle Fälle treffen, in denen der Eigentümer oder sein Besitzmittler wider seinen Willen und ohne sein Zutun den Besitz verloren hat.[2]) Der Nachdruck ist also auf das Willensmoment zu legen. Darauf weist das Gesetz auch ausdrücklich hin, indem es neben den gestohlenen und verlorenen die sonst abhanden gekommenen Sachen erwähnt.[3])

In Übereinstimmung hiermit versteht Dernburg[4]) unter Abhandenkommen den Besitzverlust, der sich nicht in den eigenen Entschließungen des Besitzers gründet.

Mit Recht stellt die herrschende Ansicht dem Mangel eines Willens die Fälle gleich, in denen der geäußerte Wille der Besitzaufgabe keine rechtliche Anerkennung genießt. So werden von Geschäftsunfähigen aufgegebene Sachen stets zu den abhanden gekommenen zu rechnen sein.[5])[6]) Das gleiche

[1]) vgl. RGE. Bd. 1 Nr. 93 S. 257, abgedr. auch in Seufferts Arch. Bd. 36 (n. F. Bd. 6) Nr. 61 S. 85.

[2]) vgl. Kober § 935 I, 1a S. 313 u. die angeführte Entsch. d. RG.

[3]) vgl. Fuld S. 403.

[4]) Dernburg, B. R.[8] Bd. 3 § 103 II, 2 S. 349.

[5]) Anderer Ansicht Brettner im Recht 1900 S. 223, nach dem es nur auf den rein tatsächlichen, nicht auf den rechtlichen Willen ankommen soll.

[6]) Bestritten ist, ob Sachen, deren Besitz ein beschränkt Geschäftsfähiger (ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters) aufgegeben

muß gelten für Sachen, deren Verlust durch Unachtsamkeit oder durch Anwendung körperlicher Gewalt herbeigeführt wurde.

Zweifelhaft kann es erscheinen, wie eine Besitzaufgabe zu beurteilen ist, der ein bloßer Willensfehler zugrunde liegt. Gemeint sind hiermit die Fälle, in denen eine Beeinflussung des Willens durch Irrtum, Täuschung oder Drohung stattgefunden hat. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist eine mit derartigen Mängeln behaftete Besitzaufgabe anfechtbar, nicht nichtig. Bis zur erfolgten Anfechtung besteht also ein Rechtsakt, der rechtliche Wirkungen nach sich zieht. Sind auch die gegenwärtig eintretenden Rechtsfolgen gemäß § 142 BGB. der Gefahr der rückwirkenden Vernichtung ausgesetzt, so kann jedenfalls vor erfolgter Anfechtung von einem Abhandenkommen der Sache nicht die Rede sein, da das Gesetz, indem es trotz des Anfechtungsgrundes die dem Übertragungsakt entsprechenden Rechtswirkungen eintreten läßt, zu erkennen gibt, daß es den fehlerhaften Übergabewillen rechtlich anerkennt. Aber auch nach erfolgreich durchgeführter Anfechtung kann die Sache nicht als abhanden gekommen betrachtet werden. Denn der Anfechtungsberechtigte kann wohl durch seine Anfechtungserklärung dem Traditionsgeschäft

---

hat, als abhanden gekommen anzusehen sind. Dafür Biermann § 935 Nr. 2 S. 144; Düringer-Hachenburg Bd. 2 Vorbem. zu §§ 366, 367 HGB. Note IV, 2c S. 470; Planck § 935 Nr. 2 S. 234 unter Berufung auf § 111 BGB.; Endemann, B.R. Bd. 2 Abt. 1 § 81 Nr. 4a, 1 S. 531/32; Leonhard in Ecks Vorträge Bd. 2 § 15 Anm. 3 S. 123. — Dagegen Mot. Bd. 3 S. 348; Crome, System Bd. 3 § 380 Nr. 2a α S. 213; Fuld S. 406; Gierke, PrivR. Bd. 2 § 115 Anm. 80 S. 245; Kober § 935 I, 2b β S. 315; Dernburg, B.R. Bd. 3 § 103 II, 2 Fußnote 11 S. 349; Goldmann § 366 Nr. 38 S. 1531.

seine Wirkung nehmen, die Tatsache der freiwilligen Hingabe aber kann dadurch nicht nachträglich ungeschehen gemacht werden.[1])

Anders dürfte zu entscheiden sein, wenn der Kommissionär von seinem Auftraggeber in gutem Glauben an dessen Verfügungsberechtigung Ware übergeben erhält, die diesem zufolge Verwechslung des Transporteurs ausgehändigt worden war. In diesem Falle wird man ein Abhandenkommen annehmen müssen. Denn der Besitz sollte hier nicht schlechthin, sondern nur zugunsten einer bestimmten Person aufgegeben werden; daß die Ware an einen andern als ihren Bestimmungsort gelangte, widersprach dem Willen des Eigentümers.[2])

War der Eigentümer unmittelbarer Besitzer der Sache, so kommt für die Zulässigkeit des gutgläubigen Pfandrechtserwerbes naturgemäß nur sein eigener Wille in Betracht. Das gleiche muß aber auch gelten, wenn ein anderer als Besitzdiener (§ 855 BGB.) für ihn die tatsächliche Gewalt ausübte, da diesem überhaupt kein Besitz zusteht. Hat der

[1]) Mit der im Text vertretenen Ansicht stimmen überein Biermann § 935 Nr. 3 S. 145; Crome, System Bd. 3 § 380 Nr. 2a α S. 213, insbesondere Fußnote 42; Endemann, B.R. Bd. 2 Abt. 1 § 81, 4a Text u. Anm. 32 S. 532; Fuld S. 404, 405; Gierke, PrivR. § 115 Fußnote 80 S. 245, 246; Hellwig, Rechtskraft § 16 II, 2 S. 119, insbesondere Fußnote 18 u. 19 sub a; Kober § 935 I, 2b β S. 315; Staub § 366 Anm. 47 S. 1345. — Planck § 935 Nr. 2 S. 234 will dagegen auch bei anfechtbarer Besitzaufgabe die Sache als abhanden gekommen beurteilt wissen, weil, wenn die Anfechtung erfolge, nach § 142 BGB. die Aufgabe des Besitzes als nicht auf dem Willen des Besitzers beruhend anzusehen sei. Ebenso Kipp in Windscheid § 172 Fußnote I, 8f. S. 897.

[2]) Übereinstimmend Endemann, B.R. Bd. 2 Abt. 1 § 81 Nr. 4a Fußnote 30 S. 532; anderer Ansicht Brettner im Recht 1900 S. 223.

Eigentümer dagegen einem andern den unmittelbaren Besitz unter Vorbehalt des mittelbaren überlassen, so hat er damit dem Besitzmittler die tatsächliche Verfügungsmöglichkeit über die Sache freiwillig eingeräumt und muß demzufolge einem gutgläubigen Erwerber gegenüber auch die Gefahr einer unrechtmäßigen Verfügung seines Gewährsmannes tragen.[1]) Rechtfertigt also der Empfänger das in ihn gesetzte Vertrauen nicht, indem er die Sache unterschlägt, weggibt ... oder sonst durch eigenes Handeln dem mittelbaren Besitzer entzieht, so ist sie auch diesem nicht abhanden gekommen.[2]) Dasselbe müßte für den mittelbaren Besitzer eigentlich auch dann gelten, wenn die Sache dem Besitzmittler ohne sein Zutun entzogen ist, da jener sie doch dem unmittelbaren Besitzer anvertraut hatte.[3]) Mit Rücksicht auf den dem mittelbaren Besitzer gegenüber Dritten gewährten Besitzesschutz versagt jedoch das Gesetz dem gutgläubigen Empfänger im Verhältnis zum mittelbaren Besitzer den Rechtserwerb, wenn die Sache dem Besitzmittler abhanden gekommen ist (§ 935 Abs. 1 Satz 2 BGB.).

Überall dort, wo dem unmittelbaren Besitzer ein mittelbarer gegenübersteht, kommt es somit für die Beurteilung der Frage, ob die Sache abhanden gekommen ist, lediglich auf den Willen des Besitzmittlers an.

---

[1]) vgl. Mot. z. Entw. eines BGB. Bd. 3 S. 348.

[2]) vgl. Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes S. 25 Fußnote 13.

[3]) vgl. Staub Bd. 2 § 366 Anm. 46 S. 1345; ferner Sachsensp. II Art. 60 § 1: „verkouft si der, der si in geweren hât, oder verseczt her sie, oder verspilt her sie, oder wirt sie ime verstolen oder ab geroubet". Hiernach begründet es keinen Unterschied, ob der Empfänger die anvertraute Gewere freiwillig fortgegeben oder unfreiwillig verloren hat.

Die Sperre der abhanden gekommenen Sachen bezieht sich aber gemäß § 935 Abs. 2 nicht auf Geld, Inhaberpapiere sowie Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden.[1]) An derartigen Sachen kann also der gutgläubige Kommissionär ein Pfandrecht erwerben, auch wenn sie abhanden gekommen sind. Sein guter Glaube wird jedoch dann durch die Kenntnis oder die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkentnis des unfreiwilligen Besitzverlustes in der Regel ausgeschlossen werden.[2])

Da das Pfandrecht nur dem Endzweck dient, dem Berechtigten die Sicherheit der Realisierung seiner Forderung zu gewährleisten, kann der gutgläubige Erwerb desselben im Gegensatz zum redlichen Eigentumserwerb zu einem Erlöschen der an der Sache bestehenden dinglichen Rechte nicht führen. Doch kann mit dem gutgläubigen Pfandrechtserwerb ein Vorzugsrecht gegenüber den sonst an der Sache

[1]) vgl. hierzu außer den Kommentaren besonders Fuld S. 409ff.

[2]) Übereinstimmend Biermann § 935 Nr. 4 S. 145; Kober § 935 II a S. 317; weitergehend Staub § 366 Anm. 22 u. 50 S. 1339 u. 1346, welcher behauptet, der gute Glaube in Ansehung des Rechts des Nichtberechtigten genüge bei abhanden gekommenen Sachen für sich allein niemals, vielmehr müsse der Erwerber zugleich auch gutgläubig annehmen, daß die Sache redlicherweise in den Verkehr gelangt sei. Aus dem Gesetz selbst läßt sich aber für diese auch von Düringer-Hachenburg Vorbem. zu §§ 366, 367 Note IV, 3c S. 473; Hallbauer-Fuchs S. 153, 154; Makower § 367 I d S. 1095 vertretene Auffassung, daß hier zu dem allgemeinen Erfordernis der Redlichkeit im Sinne des § 932 Abs. 2 BGB. in Verb. mit § 366 HGB. noch ein Plus an Gutgläubigkeit hinzutreten müsse, nichts entnehmen und die Bezugnahme auf § 367 HGB. erscheint insofern nicht ganz einwandfrei, als es sich doch hier immerhin nur um eine singuläre Vorschrift handelt, die nur für Bankiers als Erwerber Gültigkeit beansprucht. Gegen Staub auch Lehmann-Ring § 367 Nr. 1 Note 1 S. 81.

Berechtigten verbunden sein, nämlich dann, wenn der Kommissionär zugleich auch in der für den Vorzug seines Rechts maßgebenden Beziehung gutgläubig ist. Nach der Vorschrift des § 366 Abs. 2 HGB. ist dies nicht nur der Fall, wenn er ohne grobe Fahrlässigkeit glaubte, die Sache sei nicht mit dem Rechte eines Dritten belastet, sondern auch schon dann, wenn er ohne besonders schwere Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt annahm, der Kommittent sei berechtigt, darüber ohne Vorbehalt der Rechte zu verfügen.

§ 5.

Die gesicherten Forderungen.

Nicht alle Forderungen des Kommissionärs gegen den Kommittenten sind durch das gesetzliche Pfandrecht am Kommissionsgute gesichert. Das Gesetz zählt vielmehr im § 397 bestimmte Forderungen auf, wegen deren das Pfandrecht besteht, ohne indessen mit dieser Aufzählung völlig erschöpfend zu sein.[1])

Man kann die Forderungen in zwei Gruppen teilen, in konnexe und nicht konnexe, oder um anzudeuten, daß auch bei Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften mit Rücksicht auf den einheitlichen Charakter derselben eine Konnexität im weiteren Sinne anzunehmen ist, besser in Forderungen mit spezieller Sach- und mit allgemeiner Kommissionskonnexität.[2])

Im gewöhnlichen, zivilrechtlichen strengen Sinne des Wortes sind konnex die Forderungen wegen der auf das Gut

---

[1]) vgl. Lehmann-Ring § 397 Nr. 5 S. 248.

[2]) So Gareis, Handelsrecht § 51 III Nr. 4 Text und Fußnote 7 S. 408.

verwendeten Kosten, wegen der Provision, der auf das Gut gegebenen Vorschüsse und Darlehen, der mit Rücksicht auf das Gut gezeichneten Wechsel oder in anderer Weise eingegangenen Verbindlichkeiten. Denn bei allen diesen Forderungen geht das Gesetz von der Voraussetzung aus, daß ihr Ursprung mit dem Besitz des Kommissionsgutes in einer natürlichen oder gewollten Verbindung stehen muß.[1])

a) Forderungen wegen der auf das Gut verwendeten Kosten und der Provision.

Unter den auf das Gut verwendeten Kosten sind nicht bloß bare Auslagen zu verstehen, vielmehr fallen hierunter alle in Beziehung auf das Gut gemachten Aufwendungen, deren Erstattung der Kommissionär verlangen kann. Inwieweit ihm ein Ersatzanspruch gegenüber dem Kommittenten zusteht, bestimmt sich nach § 396 Abs. 2 HGB. in Verb. mit §§ 670, 675 BGB. Danach kann sich der Kommissionär alle Aufwendungen vergüten lassen, die er als ordentlicher Kaufmann zur Ausführung der Kommission für erforderlich halten durfte. Entscheidend ist also nicht, wie nach bisherigem Recht,[2]) ob die Aufwendungen objektiv notwendig oder an-

[1]) vgl. Goldschmidt, Handb. Bd. 1 Abt. 2 § 97 Nr. 3 S. 1024.

[2]) Art. 371 Abs. 1 Satz 1 a. HGB. lautete: „Der Kommittent ist schuldig, dem Kommissionär zu ersetzen, was dieser an baren Auslagen oder überhaupt zum Vollzuge des Geschäfts notwendig oder nützlich aufgewendet hat". In Übereinstimmung mit der Mehrzahl der bürgerlichen Gesetzgebungen war danach bei Prüfung der Ersatzmäßigkeit der Aufwendungen ein objektiver Maßstab anzulegen (vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 6 Nr. 46 S. 215, Bd. 8 Nr. 6 S. 31, Nr. 16 S. 63, Bd. 21 Nr. 100 S. 311, Bd. 23 Nr. 38 S. 108).

gemessen waren, sondern ob sie der Kommissionär unter den vorliegenden Umständen als ordentlicher Kaufmann für geboten oder zweckmäßig halten durfte. Steht von diesem Gesichtspunkte aus die Notwendigkeit oder Nützlichkeit der Aufwendungen einmal fest, so kommt es nicht darauf an, ob der Kommissionsauftrag auch wirklich zur Ausführung gelangte,[1]) ob die Aufwendungen dem Kommittenten den erhofften Vorteil brachten oder nicht;[2]) nur darf der Kommissionär nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns verletzt haben.[3])

Eine Vermutung der Angemessenheit oder Gesetzlichkeit der Aufwendungen besteht nicht. Der Kommissionär muß vielmehr seine Ersatzansprüche tatsächlich begründen und, falls sie bestritten werden, beweisen.[4])

Im Anschluß an Lepa[5]) kann man hinsichtlich der Aufwendungen, deren Erstattung dem Kommittenten obliegt, unterscheiden zwischen den Kosten des Ausführungsgeschäfts selbst und allen sonstigen notwendigen oder nützlichen Auslagen.

Zu ersteren sind zu rechnen einmal die Kosten der Abschließung des Geschäfts, wie z. B. Mäklercourtage, die durch

---

[1]) Auch wenn die Kommission widerrufen wird oder unausführbar ist, ist der Ersatzanspruch begründet; vgl. Lehmann-Ring § 396 Nr. 12 S. 246; Staub § 396 Anm. 13 S. 1779; Makower § 396 II b, 1 S. 1399; Keyßner Art. 371 Nr. 1 S. 406; Puchelt Art. 371 Nr. 9 S. 1104; Willenbücher Art. 371 I S. 483.

[2]) Düringer-Hachenburg § 396 Note V c S. 412; Lehmann-Ring a. a. O.; Staub a. a. O.; Makower § 396 II b, 2 S. 1399.

[3]) Grünhut § 31 S. 249; Lehmann-Ring a. a. O.

[4]) vgl. ROHG. Bd. 6 Nr. 46 S. 216, Bd. 8 Nr. 7 S. 35, Nr. 16 S. 66, Bd. 10 Nr. 41 S. 189, 190, Bd. 22 Nr. 2 S. 5.

[5]) Lepa § 7 II A 2 S. 161 ff.

Korrespondenz mit dem Dritten entstehenden Unkosten, sodann die zur Erfüllung des Geschäfts erforderlichen Leistungen. Dazu gehört alles dasjenige, was er dem Dritten leisten mußte, weil der Kommittent ihn nicht rechtzeitig in den Stand gesetzt hatte, seiner Erfüllungspflicht gegenüber dem Dritten zu genügen,[1]) oder weil dieser die Ware mangelhaft geliefert hatte, vorausgesetzt, daß der Kommissionär nicht verschuldet gehandelt hat.[2]) Der Grund, aus welchem der Kommittent die Erfüllung unterlassen hatte, ist gleichgültig. Auch wenn die Leistung des Kommittenten infolge eines Umstandes unterblieb, den er nicht zu vertreten hat, ist der Ersatzanspruch begründet. Soweit die Leistung infolge jenes Umstandes nicht auch für den Kommissionär kasuell unmöglich geworden ist, bleibt dieser dem Dritten gegenüber zur Erfüllung verpflichtet, und wenn er ihn dann aus eigenen Mitteln befriedigt, so ist das eine Aufwendung, für die der Kommittent ersatzpflichtig ist.[3])

Was die sonstigen notwendigen oder nützlichen Auslagen anlangt, so gehören hierher Auslagen für Fracht und Zölle, Ablade-, Erhaltungs- und Reparaturkosten,[4]) die Kosten einer etwaigen Sackleihe,[5]) einer Beweissicherung.[6]) Die Zollauslagen oder Zollstrafen selbst dann, wenn der Kommissionär ohne sein Verschulden zu viel gezahlt hat.[7]) Auch Ver-

---

[1]) vgl. ROHG. Bd. 23 Nr. 38 S. 108.

[2]) vgl. ROHG. Bd. 21 Nr. 100 S. 311.

[3]) vgl. ROHG. Bd. 23 Nr. 38 S. 108, 109.

[4]) vgl. Grünhut § 31 S. 251.

[5]) vgl. Lehmann-Ring § 396 Nr. 12 S. 246.

[6]) Düringer-Hachenburg § 396 Note Ve S. 412; Makower § 396 IIc, 1 S. 1400.

[7]) vgl. ROHG. Bd. 2 Nr. 75 S. 314, 315, Bd. 13 Nr. 3 S. 8.

sicherungskosten sind hierher zu rechnen, selbst wenn die Versicherung ohne Anweisung des Kommittenten erfolgt ist.[1]) Nur dann wird Ersatz der verauslagten Prämie nicht gefordert werden dürfen, wenn der Kommittent die Versicherung untersagt hatte, wenn dieselbe zur Ausgleichung eines etwaigen Schadens nicht geeignet war oder wenn der Kommissionär ausschließlich nur sein eigenes Interesse versichert hatte.[2])

Endlich gehört unter diese Gruppe der im § 396 Abs. 2 HGB. erwähnte Fall, daß der Kommissionär seine Lagerräume zur Aufbewahrung des Gutes verwendet oder seine Beförderungsmittel zur Verfügung gestellt hat. Es sollte dadurch die Vorstellung verhütet werden, daß das Entgelt hierfür schon in der Provision gelegen sei. Inwieweit gleichwohl der Kommissionär keine besondere Vergütung[3]) neben der Provision verlangen kann, ist ebenso wie die Frage, ob ihm ein selbständiger Erstattungsanspruch für die Arbeit seiner Leute zusteht, „nach den Umständen des Falles, insbesondere nach der Natur der Dienste unter Berücksichtigung der Handelssitte zu beurteilen".[4]) In der Regel wird das Entgelt für durch seine eigenen Leute verrichtete Dienste schon in der Provision gelegen sein, da diese Arbeiten ihrer Natur nach vorwiegend zu den kaufmännischen Diensten gehören, die der ordnungsmäßige Geschäftsbetrieb des Kommissionärs mit sich bringt.

---

[1]) vgl. Lutz, Prot. S. 428ff., 696, 1204, 1205; ROHG. Bd. 7 Nr. 95 S. 361; Staub § 390 Anm. 10 S. 1769.

[2]) vgl. Burchard § 22 S. 287; v. Hahn Art. 371 § 7 u. 8 Text und Fußnote 12 S. 483, 484.

[3]) vgl. Staub § 396 Anm. 17 S. 1780.

[4]) vgl. Denkschr. (Mugdan) S. 388.

Die Provision, auf die der Kommissionär kraft Gesetzes einen Anspruch hat, bildet nämlich eine Vergütung für die eigentlich „kaufmännischen Dienste“ des Kommissionärs, mag er diese selbst oder mit Hilfe seiner Angestellten verrichtet haben.[1]) Um den Kommissionär anzuspornen, den Auftrag auf solider Basis auszuführen,[2]) gibt ihm das Gesetz einen Anspruch nicht schon für die einzelnen Dienstleistungen, sondern erst dann, wenn das Geschäft mit dem Dritten zur Ausführung gekommen ist. Erst mit diesem Augenblick ist das Recht des Kommissionärs auf die Provision entstanden.[3])

Wann das Geschäft zur Ausführung gekommen ist, wird sich aus dem Inhalt des gegebenen Auftrages ersehen lassen. Regelmäßig wird zur Ausführung die ganze Abwicklung des aufgetragenen Geschäfts gehören. Denn der vom Kommittenten erstrebte wirtschaftliche Erfolg wird meist erst mit der vollständigen Erfüllung des Geschäfts erreicht sein. Nach den Umständen des Falles kann aber auch eine teilweise Erfüllung des aufgetragenen Geschäfts zur Begründung des Provisionsanspruchs genügen, z. B. wenn die Abwicklung desselben unmittelbar zwischen dem Kommittenten und dem Dritten sich vollziehen soll und längere Zeit erfordert. Gerade um derartigen Verhältnissen Rechnung zu tragen, wo der Kommissionär nach dem Inhalt des ihm erteilten Auftrages schon durch eine teilweise Erfüllung das zur Ausführung desselben seinerseits Erforderliche getan hat, ist der an und für sich schwankende Ausdruck „wenn das Geschäft zur Aus-

---

[1]) vgl. Lutz, Prot. S. 714; Anschütz-v. Völderndorff Art. 371 I S. 361; v. Hahn Art. 371 § 5 S. 481; Puchelt Art. 371 Nr. 7 u. 10 S. 1104.

[2]) Lutz, Prot. S. 1204; vgl. ROHG. Bd. 20 Nr. 79 S. 325.

[3]) Ebenso §88 HGB. hinsichtlich der Provision des Handlungsagenten.

führung gekommen ist“ trotz der hiergegen erhobenen Bedenken im § 396 HGB. beibehalten worden.[1])

Auf Billigkeit beruht es, wenn § 396 Abs. 1 Satz 2 einen Provisionsanspruch[2]) des Kommissionärs, auch ohne daß das kommittierte Geschäft seine vollständige Erledigung gefunden hat, für begründet erklärt, sofern derselbe am Orte seiner Handelsniederlassung[3]) gebräuchlich ist oder die Ausführung nur aus einem in der Person des Kommittenten liegenden Grunde unterblieben ist, und deshalb muß auch in diesen durch das Gesetz vorbehaltenen Ausnahmefällen das Kommissionsgut haften. Das gleiche gilt für den Fall, daß der Kommissionär eine Delkredereprovision bezieht, weil das Einstehen für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten von ihm übernommen oder am Orte seiner Niederlassung Handelsgebrauch ist.[4])

b) Forderungen wegen der auf das Gut gegebenen Vorschüsse und Darlehen.

Darlehen und Vorschüsse unterscheiden sich hauptsächlich dadurch, daß der Begriff des Darlehns gesetzlich feststeht (§ 607 Abs. 1 BGB.), der des Vorschusses dagegen nicht.

Als Vorschüsse bezeichnet man sowohl die Vorleistungen, die der Kaufmann auf eigene Verbindlichkeiten macht, als auch die Zahlungen, die er auf von dritter Seite dem Empfänger geschuldete Leistungen bewirkt.[5])

---

[1]) vgl. Denkschr. (Mugdan) S. 387, 388.

[2]) Recht auf sogen. Auslieferungsprovision.

[3]) Arg. § 394 Abs. 1; vgl. RG. Bd. 17 Nr. 7 S. 31.

[4]) § 394 Abs. 2 HGB.

[5]) vgl. Goldmann § 354 Nr. 17 S. 1461; auch Düringer-Hachenburg § 354 Note V, 2bb S. 353.

Vorschußleistungen der letzteren Art sind bei Kommissionsgeschäften besonders häufig. So ist es sehr üblich, daß der Verkaufskommissionär, sobald er das Kommissionsgut oder ein darüber lautendes Dispositionspapier in Händen hat, den erst durch Verkauf zu erzielenden Kaufpreis dem Kommittenten bereits im voraus gibt, weil er in dem Gute eine spezielle Sicherheit für diesen Vorschuß hat. Daß der Vorschuß gerade mit Rücksicht hierauf gegeben wurde, muß durch ausdrückliche Erklärungen oder konkludente Tatsachen erkennbar festgestellt sein und vom Kommissionär erforderlichenfalls bewiesen werden.[1])

Eine Verpflichtung, für den Kommittenten in Vorschuß zu gehen, besteht auf Grund des Abschlusses des Kommissionsvertrages nicht. Der Kommissionär verpflichtet sich dadurch nur, den vom Kommittenten erstrebten wirtschaftlichen Erfolg herbeizuführen, nicht aber ihm auch Kredit einzuräumen; er kann vielmehr verlangen, daß ihm vom Kommittenten im voraus die zur Ausführung der Kommission erforderlichen Mittel gewährt werden.[2]) Die Vorschußpflicht kann aber ausdrücklich vereinbart werden oder sich stillschweigend aus der Natur des übernommenen Geschäfts ergeben.[3])

Soweit der Kommissionär einen Erstattungsanspruch wegen geleisteter Vorschüsse hat, ist dessen Geltendmachung von vorheriger Rechnungslegung abhängig. Denn der Ersatzanspruch ist nicht ein Anspruch aus selbständigem Darlehn,

---

[1]) vgl. Laband in G. Z. Bd. 9 § 10 I, 3 S. 448.

[2]) vgl. Grünhut, Kommissionshandel § 31 S. 253ff. Text und Anm. 18; RG. Bd. 23 Nr. 96 S. 413; vgl. auch §§ 669, 675 BGB.

[3]) So wenn ein Bankier einen Auftrag zur Ausführung eines Börsengeschäfts übernimmt; denn die Kreditgewährung gehört zum Wesen des Bankgeschäfts; vgl. Staub § 396 Anm. 14 S. 1780.

sondern entspringt aus dem Kommissionsverhältnis. Bei der Verkaufskommission ist zu berücksichtigen, daß hier in der Regel der Vorschuß bis zur Abwicklung als dem Kommittenten kreditiert zu gelten hat, da es im Zweifel als Wille der Parteien anzusehen ist, daß der Vorschuß aus dem Erlös des Kaufpreises gedeckt werden soll. Der Verkaufskommissionär kann daher in der Regel den Vorschuß nur dann und insoweit zurückfordern, als das Ergebnis des Verkaufes abzüglich der Auslagen und der Provision zur Deckung der gezahlten Summe nicht ausreicht.[1])

c) Forderungen wegen der mit Rücksicht auf das Gut gezeichneten Wechsel oder in anderer Weise eingegangenen Verbindlichkeiten.

Unter Wechselzeichnungen der im § 397 HGB. bezeichneten Art sind keineswegs bloß die durch § 395 HGB. behandelten Fälle zu verstehen, daß der Kommissionär zufolge eines ausdrücklichen oder stillschweigenden Auftrages oder auf Grund ordnungsmäßiger Geschäftsführung einen Wechsel ankauft (oder in Zahlung nimmt) und weiter indossiert[2]); vielmehr fällt hierunter jede Art der Wechselzeichnung, die mit Rücksicht auf das Kommissionsgut vorgenommen wurde. Vor allem ist hier auch an Wechselzeichnungen zu denken, die als Form der Kreditgewährung erfolgen.[3]) So besteht be-

---

[1]) vgl. ROHG. Bd. 10 Nr. 41 S. 189.

[2]) Alsdann ist er verpflichtet, den Wechsel in üblicher Weise und ohne Vorbehalt zu indossieren (§ 395 HGB.); vgl. hierzu Staub § 395 Anm. 1 S. 1777.

[3]) vgl. Düringer-Hachenburg § 397 Note II. 4d S. 416.

kanntlich der Handelsgebrauch, daß der Kommittent nach oder gleichzeitig bei Übersendung der zu verkaufenden Ware auf den Kommissionär einen Wechsel zieht, den dieser im Hinblick auf die ihm durch das Gut gewährte Deckung annimmt und beim Verfall aus dem inzwischen eingegangenen oder doch zu erwartenden Kaufpreise bezahlt. Solchen Trassierungen gegenüber ist die Anerkennung des Pfandrechts mit Recht von jeher für notwendig erachtet worden.

Häufig geht der Kommissionär auch Dritten gegenüber Wechselverbindlichkeiten ein. So ist es sehr gebräuchlich, daß der Einkaufskommissionär seinem Verkäufer Wechsel für den Kaufpreis gibt oder dessen Wechsel annimmt. Bereits mit der Übernahme der Wechselverpflichtung tritt dann das Pfandrecht in Kraft. Das Zustandekommen des Pfandnexus setzt weder voraus, daß der Wechsel fällig ist, noch daß der Kommissionär daraus bereits in Anspruch genommen worden ist.[1])

Endlich erwähnt das Gesetz bei Aufzählung der konnexen Ansprüche noch die Forderungen wegen der in anderer Weise rücksichtlich des Gutes eingegangenen Verbindlichkeiten. Wie sich aus der allgemeinen Fassung ergibt, gehören hierzu Verpflichtungen jeder Art, die der Kommissionär aus Anlaß des Kommissionsvertrages und im Zusammenhang mit diesem übernommen hat, insbesondere auch solche aus Schadensersatzansprüchen, die Dritten aus dem Ausführungsgeschäft zustehen.[2])

---

[1]) Übereinstimmend Laband in G. Z. Bd. 9 § 10 I, 3 S. 448; anscheinend anderer Meinung Düringer-Hachenburg § 397 Note II, 4d S. 416.

[2]) vgl. Düringer-Hachenburg § 397 Note II, 4e S. 416; Goldmann § 397 Nr. 6 S. 1688.

Hat also der Kommissionär die Ware in mangelhaftem Zustande vom Kommittenten erhalten, so ist auch sein Anspruch auf Befreiung von den gegen ihn gerichteten Schadensersatzansprüchen pfandrechtlich gesichert. Hierbei begründet es auch keinen Unterschied, ob der Kommittent die mangelhafte Erfüllung zu vertreten hat oder nicht. Denn ebenso wie dem Kommittenten alle Vorteile aus dem Kommissionsgeschäfte zugute kommen, so muß er auch alle Nachteile desselben tragen, da der Kommissionär in seinem Auftrage und für seine Rechnung handelt.

Immer aber ist Voraussetzung für die Entstehung des Pfandrechts, daß die Verbindlichkeiten mit Rücksicht auf das Gut, also unter Wahrung der Interessen des Auftraggebers und im Rahmen der Kommission übernommen sind.[1]) Hat der Kommissionär dieselben durch eigenes Verschulden veranlaßt, so braucht der Kommittent sie nicht als die seinen gelten zu lassen, und es besteht daher auch kein Pfandrecht.

d) Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften.

Was die Ausdehnung des Pfandrechts auf die Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften betrifft, so gehen auch noch nach dem Inkrafttreten des neuen Handelsgesetzbuchs die Ansichten darüber auseinander, ob der Ausdruck „laufende Rechnung“ nur den eigentlichen Kontokurrent oder auch die sogen. offene Rechnung begreift, d. h. „ein einfaches Rechnungsverhältnis, welches in die wirt-

[1] vgl. Düringer-Hachenburg § 397 Note II, 4e S. 416.

schaftlich bequeme, doch juristisch gleichgültige Form des Kontokurrents gehüllt ist".[1])

Für die Ansicht, daß ein Kontokurrentverhältnis im technischen Sinne des Wortes vorliegen muß, sprechen sich namentlich aus Grünhut,[2]) Anschütz-v. Völderndorff,[3]) Puchelt,[4]) Düringer-Hachenburg,[5]) Goldmann,[6]) während Laband,[7]) Lepa,[8]) Greber,[9]) Keyßner,[10]) v. Hahn,[11]) Gareis-Fuchsberger,[12]) Willenbücher,[13]) Cosack,[14]) Gareis,[15]) Hallbauer-Fuchs,[16]) Oertmann,[17]) Regelsberger,[18]) Lehmann-Ring,[19])

---

[1]) Grünhut, Kommissionshandel § 33 S. 289, 290 und in Endemanns Handb. Bd. 3 § 439 S. 959.

[2]) Grünhut, Kommissionshandel § 33 S. 289 ff.; derselbe in Endemanns Handb. Bd. 3 § 319 S. 218 Text u. Anm. 6.

[3]) Anschütz-v. Völderndorff Art. 374 V S. 375, 376.

[4]) Puchelt 3. Aufl. Art. 374 Nr. 8 S. 385; vgl. jedoch 4. Aufl. S. 1111 Nr. 8.

[5]) Düringer-Hachenburg § 397 Note II, 4 f. S. 416.

[6]) Goldmann § 397 III Nr. 5 S. 1688.

[7]) Laband in G. Z. Bd. 9 § 10 II, 1 S. 449.

[8]) Lepa § 7 II C, 1 b β Anm. 139 S. 168.

[9]) Greber S. 138.

[10]) Keyßner Art. 374 Nr. 7 S. 410.

[11]) v. Hahn Art. 374 § 8 S. 498, 499.

[12]) Gareis-Fuchsberger Art. 374 Nr. 77 S. 794.

[13]) Willenbücher Art. 374 Nr. 4 S. 486.

[14]) Cosack, HR. § 43 II, 13 b S. 186.

[15]) Gareis § 66 II, 5 S. 522.

[16]) Hallbauer-Fuchs S. 148.

[17]) Oertmann im Bankarchiv 6. Jahrg. Nr. 11 S. 137.

[18]) Regelsberger in Jherings Jahrb. Bd. 46 (2. Folge Bd. 10) S. 21.

[19]) Lehmann-Ring § 397 Nr. 7 S. 248.

Makower[1]) und jetzt auch Staub[2]) die Ausdehnung des Pfandrechts auf eine uneigentliche laufende Rechnung befürworten.

Es ist nun nicht zu verkennen, daß die Bestimmung des § 397 für den eigentlichen Kontokurrent besonders notwendig und besonders begründet war. Die Kreditverhältnisse zwischen den in solcher Weise miteinander im Verkehr stehenden Parteien sind auf den ganzen Stand ihrer gegenseitigen Geschäfte berechnet. Oft lassen sich bestimmte einzelne Deckungen für dieses und jenes besondere Kommissionsgeschäft gar nicht feststellen, und der Kommissionär müßte, wenn das Pfandrecht auf die sonst übliche spezielle Sachkonnexität beschränkt wäre, stets darauf bedacht sein, daß die Forderungen, welche aus einem Kommissionsgeschäft stammen, vom Kommittenten befriedigt seien, ehe er das betreffende Kommissionsgut aus der Hand gibt, weil er sonst in Gefahr käme, durch den Verlust des Pfandrechts seine Forderungen zu gefährden. Dadurch, daß das Pfandrecht für die Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften anerkannt wird, ist er in der Lage, dem Kommittenten Kredit zu gewähren, ohne Rücksicht darauf, ob er auch gerade einen zu dem betreffenden Kommissionsgeschäft gehörenden Wertgegenstand in den Händen hat, da er nun mit Sicherheit darauf rechnen kann, durch neue Zusendungen von Gütern auf Grund neuer Aufträge stets wieder eine geeignete Deckung für seine Ansprüche zu erhalten.

Berücksichtigt man weiter, daß der Nichtkaufmann, der auf die Mitwirkung des Kommissionärs heute vielfach ebenso

---

[1]) Makower § 397 Ic, 5 S. 1404.

[2]) Staub 8. Aufl. § 397 Anm. 1; a. M. 6./7. Aufl.

angewiesen ist wie der Kaufmann, nicht stets in einem eigentlichen Kontokurrentverhältnis zu diesem stehen wird, so leitet diese Erwägung von selbst auf den Gedanken, daß der Kommissionär auch dem nichtkaufmännischen Kommittenten gegenüber in gleichem Maße gesichert sein müsse.

Da aber das Gesetz in dem § 355 (Art. 291) HGB. ausdrücklich erklärt, daß es unter „laufender Rechnung" nur das eigentliche Kontokurrentverhältnis verstehe, so fragt es sich, ob man über diese Begriffsbestimmung hier einfach schon aus dem Grunde hinausgehen darf, weil der Kommissionär sonst in Fällen, in denen zwar auch eine laufende Rechnung geführt wird, aber die charakteristischen Merkmale des eigentlichen Kontokurrents fehlen, für gewisse auf Grund des Kommissionsverhältnisses entstandene Forderungen keine Deckung hätte. Mit anderen Worten: es fragt sich, ob die als wirtschaftlich notwendig erkannte freiere Auslegung im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs auch juristisch gerechtfertigt erscheint.

Diejenigen Autoren, welche die laufende Rechnung als eigentlichen Kontokurrent auffassen, stützen ihre Ansicht besonders auch auf die Motive.[1]) Und in der Tat scheint aus diesen hervorzugehen, daß der Gesetzgeber nur an den eigentlichen Kontokurrentvertrag gedacht hat.[2])

Nach den Motiven soll die Rechtsbeständigkeit des Pfandrechts sich durch die Einheit der laufenden Rechnung rechtfertigen, welche bewirke, daß die einzelnen Geschäfte nicht isoliert und selbständig geltend gemacht werden dürfen, sondern ein zusammenhängendes Ganzes bilden.

---

[1]) Mot. z. preuß. Entw. S. 158.

[2]) vgl. v. Hahn Art. 374 § 8 Fußnote 15 S. 498.

Eine solche Vereinheitlichung der einzelnen Geschäfte ist aber gerade die Wirkung des Bestehens eines eigentlichen Kontokurrentverhältnisses. Hier hat die Einstellung der Forderungen den Verlust ihrer Selbständigkeit zur Folge; sie bilden ein einheitliches Ganzes dergestalt, daß während des Laufes der Kontokurrentperiode eine selbständige Geltendmachung und eine Kompensation der einzelnen Posten ausgeschlossen ist.

Bei der offenen Rechnung dagegen behalten die einzelnen Forderungen auch nach ihrer Einstellung ihre selbständige Bedeutung.[1]) Jeder einzelne Rechnungsposten kann daher in der Regel gesondert herausgegriffen und selbständig geltend gemacht oder mit einem anderen kompensiert werden.[2])

Dies gilt jedenfalls insoweit, als nicht die Parteien für den Einzelfall Abweichendes vereinbart haben. Oft nämlich machen die Beteiligten aus, daß erst nach Ablauf einer bestimmten Zeitspanne abgerechnet und gezahlt werden solle. Sobald eine solche Vereinbarung sich feststellen läßt, dürfte allerdings eine selbständige Geltendmachung eines einzelnen Postens während der Dauer der Geschäftsperiode unzulässig sein, weil nach der Abrede die Klage verfrüht wäre. Ist die Rechnungsperiode jedoch abgelaufen, so steht die Vereinbarung der Einklagung der einzelnen Posten nicht mehr entgegen, denn diese haben ihre rechtliche Existenz dadurch nicht eingebüßt.[3])

---

[1]) vgl. RG. Bd. 22 Nr. 28 S. 152.

[2]) Übereinstimmend Grünhut in Endemanns Handb. § 439 S. 960; Düringer-Hachenburg Vorbem. zu § 355—357 III 2 S. 356/57; a. A. Staub, Exkurs zu § 357 Anm. 2 S. 1269, weil der Ausschluß gesonderter Geltendmachung im allgemeinen der Absicht der Parteien entspreche.

[3]) vgl. RG. Bd. 22 Nr. 28 S. 152, 153.

Anders verhält es sich aber, wenn der Kläger zur Rechnungslegung verpflichtet ist. Während mangels einer solchen Rechnungslegungspflicht dem Beklagten bei Anerkennung der Forderung der Nachweis ihrer Tilgung obliegt, kann er in diesem Falle einwenden, „daß es zunächst Sache des Klägers sei, ihm eine Rechnung vorzulegen, aus welcher er ersehen könne, ob die eingeklagte Forderung dem Kläger noch wirklich zusteht“.[1])

Eine solche Pflicht zur Rechnungslegung ergibt sich nun aber aus dem zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär bestehenden Rechtsverhältnisse.[2]) Der Kommissionär kann daher auch bei Bestehen einer offenen Rechnung nicht einen einzelnen Schuldposten selbständig herausgreifen, muß vielmehr die ganze Rechnung aufmachen.

Daß in diesem Falle die offene Rechnung sich dem eigentlichen Kontokurrent sehr nähert, wird sich nicht leugnen lassen. Hier wie dort darf ein einzelner Posten nicht allein aus der Rechnung herausgegriffen und selbständig geltend gemacht werden.

Besteht also zwischen Kommissionär und Kommittenten eine offene Rechnung, so wird sich eine gewisse Zusammengehörigkeit der einzelnen Geschäfte nicht in Abrede stellen lassen.[3]) Wenn daher die Motive darauf hinweisen, daß der Gesetzgeber bei dem Pfandrecht des Kommissionärs von dem Erfordernis der speziellen Sachkonnexität aus dem Grunde abgesehen habe, weil durch die Beziehung einer laufenden Rechnung der gesamte Geschäftsverkehr einen einheitlichen Charakter erhalte, so dürfte gerade diese Erwägung eher für

[1]) vgl. RG. a. a. O.

[2]) vgl. § 384 HGB. u. § 259 BGB.

[3]) vgl. auch Goldschmidt, Handb. Bd. 1 Abt. 2 § 96 S. 1001.

als gegen die Ausdehnung des Pfandrechts auf die Forderungen aus einer offenen Rechnung sprechen. Denn auch bei dem uneigentlichen Kontokurrent dürfen, wie wir sahen, die während der Geschäftsperiode abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nicht isoliert und selbständig geltend gemacht werden.

Unterstützend kommt noch in Betracht, daß auch bei dem eigentlichen Kontokurrent ebenso wie bei der offenen Rechnung das für die Einzelposten bestehende Pfandrecht selbst nach Anerkennung des Rechnungsabschlusses fortbestehen bleibt. § 356 HGB. bestimmt ausdrücklich: „Wird eine Forderung, die durch Pfand ... gesichert ist, in die laufende Rechnung aufgenommen, so wird der Gläubiger durch die Anerkennung des Rechnungsabschlusses nicht gehindert, aus der Sicherheit insoweit Befriedigung zu suchen, als sein Guthaben aus der laufenden Rechnung und die Forderung sich decken".[1])

Zeigt sich aber somit auch hinsichtlich des Fortbestehens des Pfandrechts eine Übereinstimmung zwischen dem eigentlichen Kontokurrent und einer offenen Rechnung, so dürfte auch aus diesem Grunde der Ausdehnung des Pfandrechts auf das bloße Rechnungsverhältnis der uneigentlichen laufenden Rechnung nichts im Wege stehen.

---

[1]) Aus diesem Grunde erweist sich auch die von Staub (§ 397 Anm. 1 S. 1454 6. u. 7. Aufl.) für die abweichende Ansicht früher angeführte Erwägung, „daß beim Kontokurrent die einzelnen Forderungen im Schlußsaldo aufgehen, wodurch das eine einzelne Forderung sichernde Kommissionärpfand untergehen würde, wenn das Gesetz nicht schützend eingriffe", als für das neue Recht nicht mehr zutreffend. — In der 8. Aufl. ist denn auch in den Erläuterungen zu § 397 Anm. 1 S. 1781 ausdrücklich anerkannt, daß unter der laufenden Rechnung nicht nur ein eigentliches Kontokurrentverhältnis zu verstehen ist.

Das Ergebnis unserer Untersuchung steht aber auch ganz im Einklange mit der Auffassung des Reichsgerichts. Während das Reichsoberhandelsgericht[1]) die Frage noch offen gelassen hatte, hat sich das Reichsgericht[2]) ausdrücklich dafür entschieden, daß der Ausdruck „laufende Rechnung" im Sinne des dem § 397 entsprechenden Art. 374 nicht nur auf ein eigentliches Kontokurrentverhältnis zu beziehen sei. In dieser Entscheidung führt das Reichsgericht auch zutreffend aus, daß auch der Umstand, daß die laufende Rechnung sich noch auf andere Geschäfte als auf Kommissionsgeschäfte bezieht, das Pfandrecht nicht ausschließt. Es sind dann vielmehr die auf andere Verhältnisse sich beziehenden Posten auf der Debet- und Kreditseite bei Ermittlung derjenigen Forderungen, für welche das Pfandrecht in Anspruch genommen werden kann, unberücksichtigt zu lassen, was praktisch allerdings zu Schwierigkeiten führen kann.[3])

Eine wichtige Einschränkung des Pfandrechts ergibt sich jedoch aus dem Bankdepotgesetz.[4])

Bei der unbeschränkten Zulassung dieses generellen Pfandrechts hatten sich nämlich in der Praxis, namentlich im Bankgeschäft, häufig Unzuträglichkeiten ergeben, falls die Erledigung eines Auftrages durch mehrere Kommissionäre erfolgte. Gab beispielsweise ein Lokalbankier einen ihm erteilten Auftrag an einen am Börsenplatze wohnhaften Zentralbankier weiter, weil dieser dort den Auftrag vorteilhafter ausführen konnte als er selbst, so hafteten diesem die ge-

[1]) ROHG. Bd. 20 Nr. 26 S. 87.

[2]) RG. Bd. 9 Nr. 122 S. 430.

[3]) vgl. Puchelt-Förtsch (4. Aufl.) Art. 374 Nr. 8 S. 1111.

[4]) Bankdepotgesetz (Gesetz betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere) v. 5. 7. 1896.

samten in seinen Besitz gelangten Wertpapiere wegen aller Forderungen, die er gegen den Lokalbankier aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften hatte. Der Grund dieser Haftung lag darin, daß der hauptstädtische Bankier als redlicher Pfandgläubiger angesehen werden konnte, da bei der Übersendung der Papiere zur Aufbewahrung, zum Umtausch usw. wissentlich oder versehentlich in der Regel die Mitteilung unterlassen wurde, daß die Papiere fremde seien, während bei der Weitergabe einer Einkaufskommission die Mitteilung, daß die Anschaffung für Rechnung der Kundschaft erfolge, schon deshalb unterblieb, weil in solchen Fällen der Lokalbankier dem Zentralbankier gegenüber in eigenem Namen auftrat und auftreten durfte.

Die Mißstände, die sich hieraus ergaben, zeigten sich vor allem im Konkurse des Lokalbankiers. Auf Grund seines Pfandrechts konnte sich dann der Zentralbankier wegen sämtlicher aus der Geschäftsverbindung mit diesem ihm zustehenden Forderungen befriedigen. Für den Kunden des Lokalbankiers ging somit das Kommissionsgut in der Regel verloren, und sogar dann, wenn er diesem nichts schuldete, obschon er doch zu dem Zentralbankier in der Regel in gar keiner Rechtsbeziehung stand.[1])

Diesem Zustande abzuhelfen, ist der Zweck der Bestimmung des § 8 des Bankdepotgesetzes. Zufolge des § 8 Abs. 1 Satz 1 ist ein Kommissionär, der im Betriebe seines Handelsgewerbes einen Auftrag zur Aufbewahrung, Veräußerung, zum Umtausch oder zum Bezug von den im § 1 ge-

---

[1]) vgl. Denkschr. z. Entw. eines HGB. (Mugdan) S. 388, 389; Rießer § 8 des Bankdepotgesetzes S. 67 ff.; Lusensky, Einleitung Abschn. 4 S. 37—39.

nannten Wertpapieren[1]) erhalten hat, vor oder bei der Weitergabe der Kommission an einen Dritten verpflichtet, dem Dritten mitzuteilen, daß diese Papiere fremde seien. Diese Mitteilungspflicht ist durch § 8 Abs. 1 Satz 2 des Bankdepotgesetzes auch ausgedehnt auf den Fall einer Einkaufskommission hinsichtlich der Erklärung, daß die Anschaffung für fremde Rechnung geschehe.[2])

Die entscheidende Bestimmung, durch die der Umfang des gesetzlichen Pfandrechts des Kommissionärs beschränkt wird, findet sich aber im Abs. 2 des § 8 des Bankdepotgesetzes. Das Gesetz knüpft nämlich an diese Mitteilungen die Wirkung, daß der Empfänger derselben an den ihm übergebenen oder von ihm neubeschafften Papieren ein Pfandrecht nur wegen solcher Forderungen an seinen Auftraggeber geltend machen kann, welche mit Bezug auf diese Papiere entstanden sind.

Das Pfandrecht des Kommissionärs ist also im Falle einer Mitteilung gemäß § 8 des Depotgesetzes zum Schutze des ursprünglichen Kommittenten auf streng konnexe Forderungen beschränkt.

---

[1]) Wertpapiere der im § 1 des Bankdepotgesetzes bezeichneten Art sind: Aktien, Kuxe, Interimsscheine, Erneuerungsscheine (Talons), auf den Inhaber lautende oder durch Indossament übertragbare Schuldverschreibungen oder vertretbare andere Wertpapiere; ausdrücklich ausgeschlossen werden Banknoten und Papiergeld; vgl. hierzu Rießer § 1 Nr. 4 S. 13—15; auch Lusensky zu § 1 S. 56, 57.

[2]) Die Ausdehnung auf Verkaufs- und Einkaufskommission ist auf einen Beschluß der Reichstagskommission zurückzuführen; vgl. Lusensky zu § 8 S. 84, 85; Rießer zu § 8 S. 68, 69, 71.

§ 6.

Die Realisierung des Pfandrechts.

Die praktisch wichtigste der dem Kommissionär in seiner Eigenschaft als Pfandgläubiger zustehenden Befugnisse ist das Recht, sich aus dem Kommissionsgute zu befriedigen.

Die Befriedigung erfolgt gemäß § 1257 verb. mit § 1228 BGB. durch Verkauf des Pfandes aus dessen Erlös. Wie sich aus § 1204 Abs. 1 in Verb. mit § 1228 Abs. 1 BGB. ergibt, ist das Verkaufsrecht dem Pfandrecht derart wesentlich, daß es selbst durch Parteivereinbarung mit Wirkung gegen Dritte nicht ausgeschlossen werden kann.[1])

Da zufolge § 1229 BGB. jede vor Eintritt der Verkaufsberechtigung getroffene Abrede, wonach dem Gläubiger bei nicht rechtzeitiger Befriedigung das Eigentum am Pfande oder ein Forderungsrecht auf Übereignung zufallen soll, nichtig ist, so kann im voraus auch nicht gültig vereinbart werden, daß der Kommissionär das Kommissionsgut am Verfalltage zum Börsen- oder Marktpreise übernehmen dürfe.[2])

Voraussetzung für den Eintritt der Verkaufsberechtigung ist nach § 1228 Abs. 2 lediglich, daß die durch das Pfand gesicherte Forderung ganz oder teilweise[3]) fällig geworden und nicht erfüllt ist und überdies, falls sie nicht auf Geld

---

[1]) vgl. Staub § 368 Anm. 40 S. 1368; Biermann § 1228 Nr. 2 S. 451: „Wird der Verkauf durch Vertrag zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger ausgeschlossen, so liegt kein Pfandrecht mehr vor. Der Pfandgläubiger hat dann an der Sache nur ein vertragsmäßiges Zurückbehaltungsrecht". Ebenso Kober § 1204 I b S. 835; Endemann, B. R. Bd. 2 § 138 Nr. 2 S. 918 Text u. Fußnote 8.

[2]) vgl. Mot. z. BGB. Bd. 3 § 1167 Nr. 3 S. 821.

[3]) So z. B. in Ansehung der Zinsen, Kosten usw.

lautet, in eine Geldforderung umgewandelt ist.[1][2]) Haften dem Kommissionär mehrere Pfänder, so erstreckt sich die Verkaufsberechtigung zwar auf jedes von ihnen,[3]) aber er darf nur so viele zum Verkaufe bringen, als zur Deckung seiner Forderungen notwendig sind.[4])

Verzug des Kommittenten in Erfüllung der pfandrechtlich gesicherten Forderungen ist im Gegensatz zu Art. 375 a. HGB. nicht erforderlich,[5]) ebensowenig ein vollstreckbarer Titel oder eine gerichtliche Verkaufsermächtigung, wie sie der Kommissionär nach bisherigem Recht nachsuchen mußte.[6])

Liegen die aufgeführten Voraussetzungen vor, so ist der

---

[1]) vgl. §§ 280, 283, 286, 325 BGB.

[2]) Fehlt es an dieser Voraussetzung, so ist der Pfandverkauf nicht rechtmäßig (§ 1243 BGB.); vgl. Biermann § 1245 Nr. 4 S. 466; Kober § 1245 Nr. 4 S. 881; Planck § 1245 Nr. 2 a β S. 797; Staub § 368 Anm. 44 S. 1369; a. A. Düringer-Hachenburg Vorbem. zu § 368 Note IX, 1 b S. 528.

[3]) vgl. § 1222 BGB.: „Besteht das Pfandrecht an mehreren Sachen, so haftet jede für die ganze Forderung".

[4]) vgl. § 1230 Satz 2 BGB. Andernfalls ist der Verkauf der weiteren Pfandsachen nicht rechtmäßig (§ 1243 Abs. 1 BGB.).

[5]) In der Regel werden indessen die Voraussetzungen des Verzuges nach § 284 BGB. gegeben sein, da der Kommittent meist Eigentümer des Pfandes ist, diesem aber gemäß § 1234 BGB. der Verkauf nach Eintritt der Verkaufsberechtigung, soweit tunlich, anzudrohen ist, und in dieser Androhung eine Mahnung liegen wird; vgl. Mot. z. BGB. Bd. 3 § 1165 Nr. 2 a S. 817; auch Staub Bd. 2 § 368 Anm. 44 S. 1369: „Doch enthält die Androhung eine Art Inverzugsetzung".

[6]) Wie die Denkschr. z. Entw. eines HGB. (Mugdan) S. 365 hervorhebt, lag kein Grund vor, die Befriedigung des Kommissionärs auch in Zukunft von einer gerichtlichen Mitwirkung abhängig zu machen, da dieselbe ohnehin keine erhebliche praktische Bedeutung hatte, indem im Art. 310, auf den Art. 375 a. HGB. verwies, vorgeschrieben war, daß die Anordnung des Verkaufes ohne Gehör des Schuldners zu erfolgen habe.

Verkauf aber nur zulässig, nicht etwa geboten. Da es sich um ein Verkaufsrecht, nicht um eine Verkaufspflicht handelt,[1]) kann der Kommissionär über den Zeitpunkt der Pfandverwertung nunmehr selbst entscheiden.[2]) Doch unterliegt die Art und Weise, wie er von seiner Verwertungsbefugnis Gebrauch machen kann, einer Reihe von Beschränkungen, die einem Mißbrauch vorbeugen und eine tunlichst unparteiische Berücksichtigung der Interessen der Realberechtigten ermöglichen sollen.

Soweit die Parteien nicht eine anderweitige Vereinbarung über die Art des Pfandverkaufs getroffen haben, hat der Kommissionär die in den §§ 1234—1240 BGB. gegebenen Verfahrensvorschriften zu beobachten.

Zunächst muß er, soweit tunlich,[3]) den Verkauf dem Eigentümer des Kommissionsgutes unter Angabe des beizutreibenden Geldbetrages vorher androhen,[4]) damit dieser Gelegenheit erhält, Einwendungen gegen das Verkaufsrecht vorzubringen[5])

---

[1]) vgl. Mot. z. BGB. Bd. 3 § 1165 Nr. 1 S. 817.

[2]) vgl. RG. Bd. 1 Nr. 112 S. 305.

[3]) Untunlich ist die Androhung, „wenn sie ohne übermäßige Kosten nicht zu ermöglichen ist, oder wenn die Ermittlung der Adresse des Eigentümers übermäßig viel Zeit erfordern würde"; vgl. Staub § 368 Anm. 45 S. 1370. Eine öffentliche Zustellung der Androhung (§ 132 Abs. 2 BGB.) ist nicht erforderlich; vgl. Biermann § 1234 Nr. 1 S. 456/57. Die Untunlichkeit ist vom Kommissionär zu beweisen; Kober § 1234 Nr. 1e S. 871; Planck § 1234 Nr. 1d S. 786.

[4]) § 1234 Abs. 1 BGB. Die Androhung ist empfangsbedürftige Erklärung und kann formlos geschehen. Eine Androhung vor Eintritt der Verkaufsberechtigung ist wirkungslos (§ 1234 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1); sie muß wiederholt werden.

[5]) z. B. Verkaufsverbot im Wege einer einstweiligen Verfügung (§§ 935, 940 ZPO.) geltend zu machen; vgl. Kober § 1234 Nr. 1b S. 871.

oder von seiner Befugnis, das Pfand einzulösen,[1]) Gebrauch zu machen.

Da es sich hier bereits um eine den Verkauf des Pfandes betreffende Vorschrift handelt,[2]) gilt aber gemäß § 1248 BGB. zugunsten des Kommissionärs der Kommittent als Eigentümer, sofern jener zur Zeit der Androhung dessen Rechtsmangel nicht kennt. Im Regelfalle genügt also der Kommissionär seiner Verpflichtung, wenn er die Androhung an den Kommittenten richtet.

Nach der Androhung oder, wenn diese untunlich war, nach dem Eintritt der Verkaufsberechtigung muß er noch eine Einlösungsfrist verstreichen lassen. Die Dauer dieser Frist ist verschieden, je nachdem sich das Kommissionsgeschäft als einseitiges oder beiderseitiges Handelsgeschäft darstellt. Handelt es sich um ein Kommissionsgeschäft, das nur auf seiten des Kommissionärs ein Handelsgeschäft ist, so beträgt die Frist einen Monat seit Zugang der Androhung bezw. Eintritt der Verkaufsberechtigung;[3]) ist es dagegen ein Handelsgeschäft auch auf seiten des Kommittenten, so braucht der Kommissionär von dem maßgebenden Zeitpunkt an nur eine Woche zu warten, weil alsdann die Sondervorschrift des § 368 HGB. eingreift.

Die Außerachtlassung dieser auf das vorbereitende Verfahren sich beziehenden Vorschriften beeinträchtigt zwar die Rechtmäßigkeit der Pfandveräußerung nicht, begründet aber im Falle des Verschuldens eine Schadensersatzpflicht.[4])

---

[1]) § 1249 BGB.

[2]) vgl. § 1233 Abs. 1 BGB. und Biermann § 1234 Nr. 1 S. 456.

[3]) vgl. § 1234 Abs. 2 und §§ 130 ff. BGB. Für die Berechnung der Frist sind die Vorschriften des § 187 Abs. 1 und des § 188 Abs. 2, 3 BGB. maßgebend; vgl. Planck § 1234 Nr. 2 b S. 786.

[4]) vgl. § 1243 Abs. 2 BGB.

Der Verkauf selbst ist Privatverkauf und muß, um rechtmäßig zu sein,[1]) im Wege öffentlicher Versteigerung erfolgen,[2]) also nicht nur einem größeren nicht individuell abgegrenzten Kreis von Personen zugänglich sein,[3]) sondern auch von einer hierzu öffentlich ermächtigten Person vorgenommen werden.[4])

Sehr häufig wird es sich jedoch um Pfänder handeln, die einen Börsen- oder Marktpreis haben. Alsdann darf der Kommissionär von einer öffentlichen Versteigerung Abstand nehmen und dieselben freihändig durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise verkaufen lassen.[5]) [6])

Da unnötige Transportkosten zu vermeiden sind, kommt als Versteigerungsort nicht der Leistungsort für die pfandgesicherte Forderung, sondern die Ortschaft [7]) in Betracht,

---

[1]) vgl. § 1243 Abs. 1 BGB.

[2]) § 1235 Abs. 1 BGB.

[3]) vgl. RG. Bd. 27 Nr. 59 S. 251.

[4]) Als solche kommen in Betracht: 1. für den Versteigerungsort bestellte Gerichtsvollzieher, 2. zu Versteigerungen befugte andere Beamte, 3. öffentlich angestellte Versteigerer (z. B. die gemäß § 36 GewO. öffentlich angestellten Auktionatoren); vgl. Kober § 1235 Nr. 1a S. 872.

[5]) § 1235 Abs. 2 in Verb. mit § 1221 BGB.

[6]) Eine entsprechende Bestimmung besteht für Gold- und Silbersachen. Nach § 1240 Abs. 1 BGB. dürfen diese nicht unter dem Gold- oder Silberwerte zugeschlagen werden. Wurde bei einem erstmaligen Versteigerungsversuch ein genügendes Gebot nicht erzielt, so ist freihändiger Verkauf zu einem den Gold- oder Silberwert erreichenden Preise durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zulässig (§ 1240 Abs. 2 BGB.).

[7]) vgl. Biermann § 1236 S. 458; Kober § 1236 Nr. 1 S. 872; Planck § 1236 S. 787.

an welcher das Pfand aufbewahrt wird.[1]) Hat der Kommissionär das Gut unbefugt von diesem Orte entfernt, so wird dadurch der Verkaufsort nicht geändert. Nur wenn von einer Versteigerung am Aufbewahrungsorte ein angemessener Erfolg nicht zu erwarten ist, ist das Pfand an einem geeigneten anderen Orte zu versteigern.[2]) Alsdann ist der Kommissionär, der hierüber nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zu entscheiden hat, zur Wahl eines zur Versteigerung geeigneten anderen Ortes nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet.[3]) Trifft ihn in dieser Hinsicht ein Verschulden, so macht er sich schadensersatzpflichtig, der Verkauf ist aber rechtmäßig (§ 1243 Abs. 2).

Um eine möglichst große Beteiligung am Verkaufsverfahren zu ermöglichen und dadurch einen angemessen hohen Erlös zu erzielen, sind sodann Zeit und Ort der Versteigerung unter allgemeiner Bezeichnung des Pfandes öffentlich bekannt zu machen[4]) und zur Wahrung der Interessen der Realberechtigten der Eigentümer und Dritte, denen Rechte am Pfande zustehen, soweit tunlich, besonders zu benachrichtigen.[5])

---

[1]) § 1236 Satz 1 BGB.

[2]) § 1236 Satz 2 BGB.

[3]) vgl. Biermann zu § 1236 S. 458; Planck § 1236 Nr. 1 S. 788.

[4]) § 1237 Abs. 1 BGB. Die Ausübung des Pfandrechts wird als Grund anzugeben sein; vgl. Düringer-Hachenburg Vorbem. zu § 368 Note IX, 3b cc S. 533. Über den Begriff „öffentlich" vgl. die Entsch. d. RG. Bd. 27 Nr. 59 S. 251. Über die Art der Bekanntmachung entscheidet die Ortsüblichkeit; Biermann § 1237 S. 458; Kober § 1237 Nr. 1a S. 873.

[5]) § 1237 Satz 2 BGB. Dabei begründet es keinen Unterschied, ob das Recht des Drittberechtigten (vgl. §§ 1208, 1209 BGB.) durch die

Wird die öffentliche Bekanntmachung unterlassen, so ist der Verkauf nicht rechtmäßig;[1]) schuldhafte Verletzung der Benachrichtigungspflicht begründet dagegen nur einen Schadensersatzanspruch.[2]) Auch kommt dem Kommissionär zustatten, daß er die Mitteilung, soweit sie dem Eigentümer gegenüber zu erfolgen hat, gemäß § 1248 BGB. in der Regel gültig an den Kommittenten bewirken und bereits mit der Verkaufsandrohung verbinden kann.[3])

Sodann sind für den Verkauf gewisse Kaufbedingungen vorgeschrieben,[4]) die nicht schon von selbst bestehen, sondern bei dem Ausgebote ausdrücklich erklärt werden müssen.[5]) Danach darf das Kommissionsgut nur mit der Bestimmung verkauft werden, daß der Käufer den Kaufpreis sofort bar zu entrichten hat und seiner Rechte verlustig geht, wenn sofortige Barzahlung unterbleibt.

Erfolgt der Verkauf ohne diese Bestimmung oder wird trotz Aufnahme der Bar- und Verwirkungsklausel unter die Verkaufsbedingungen nicht Zug um Zug gegen Hingabe des Pfandes gezahlt und dem Ersteher der Rücktritt vom Verkauf nicht vor dem Schlusse des Versteigerungstermins erklärt (§ 349 BGB.), so berührt dies zwar die Rechtmäßigkeit der Pfandveräußerung nicht, aber der Kommissionär trägt dann

---

Veräußerung des Pfandes erlischt (vgl. § 1242 Abs. 2 BGB.) oder nicht; vgl. Biermann zu § 1237 S. 458; Kober § 1237 Nr. 2 S. 873.

[1]) § 1243 Abs. 1 BGB.

[2]) § 1243 Abs. 2 BGB.

[3]) vgl. Mot. z. BGB. Bd. 3 §§ 1169–1176 Nr. 8 S. 825.

[4]) § 1238 BGB.

[5]) vgl. Biermann § 1238 Nr. 1 S. 459; Kober § 1238 Nr. 1 S. 873.

die Gefahr einer etwaigen Zahlungsunfähigkeit des Erwerbers.[1]) Zugunsten des Eigentümers und der sonst am Pfande dinglich Berechtigten, die durch die Veräußerung ihre dingliche Rechtsstellung eingebüßt haben (§ 1242 BGB.), soll es nämlich diesen gegenüber[2]) dann rechtlich so angesehen werden, als habe der Kommissionär den ganzen vereinbarten Kaufpreis empfangen,[3]) während er in Wirklichkeit als individuelle Masse nicht vorhanden ist. Er kann also von den Pfandinteressenten gerade so in Anspruch genommen werden, als wenn er aus dem Pfande Befriedigung erlangt hätte.

Als Bieter können bei der Versteigerung auch der Kommissionär, der Eigentümer des Gutes und der Kommittent auftreten,[4]) nicht aber der Versteigerungsbeamte und seine Gehilfen.[5])

Erhält der den Verkauf betreibende Kommissionär den Zuschlag, so braucht er den Kaufpreis natürlich nur so weit bar zu zahlen, als der Preis den Betrag übersteigt, wegen dessen der Verkauf stattfindet. Soweit der gebotene Betrag ihm zu seiner Befriedigung gebührt, gilt seine Forderung als vom Eigentümer berichtigt; in Höhe des Überschusses haftet er dem Eigentümer und sonstigen Realberechtigten.[6])

Der Eigentümer und der Kommittent werden nicht häufig

---

[1]) vgl. Biermann a. a. O.; Kober § 1238 Nr. 2 S. 874; Planck § 1238 Nr. 2 u. 3 S. 789.

[2]) Die ihm vertragsmäßig oder gesetzlich zustehenden Rechte gegen den Ersteher bleiben unberührt; vgl. Biermann § 1238 Nr. 1 S. 459 Kober § 1238 Nr. 2b S. 874; Planck § 1238 Nr. 2 S. 789.

[3]) vgl. § 1238 Abs. 2 BGB.

[4]) vgl. § 1239 Abs. 1 Satz 1 BGB.

[5]) vgl. §§ 456, 457 u. 458 BGB.

[6]) vgl. § 1247 BGB. und Planck § 1239 Nr. 1 S. 790.

in die Lage kommen mitzubieten. Wenn sie sich aber am Versteigerungsverfahren als Bieter beteiligen, so müssen sie bei Vermeidung ihrer Zurückweisung auf Verlangen des ausbietenden Gläubigers[1]) schon beim Gebote den Betrag dem Versteigerer bar erlegen.[2]) Denn sie sind der Zahlungsunfähigkeit verdächtig, weil sie es zu einer Versteigerung kommen ließen,[3]) anstatt das Pfand einzulösen[4]) bezw. die Schuld zu bezahlen.

Ist der Verkauf vollzogen, so hat der Kommissionär, wenn tunlich, den Kommittenten, und wenn er weiß, daß dieser nicht der Eigentümer des Gutes ist, den Eigentümer von dem Verkauf und dessen Ergebnis unverzüglich zu benachrichtigen,[5]) damit dieser Gelegenheit erhält, bei Unwirksamkeit der Pfandveräußerung seinen Eigentumsanspruch, sonst einen etwaigen Schadensersatzanspruch und sein Recht auf den Überschuß des Erlöses rechtzeitig geltend zu machen.[6])

Eine Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit des Pfandverkaufs ist diese Benachrichtigung nicht, ihre schuldhafte Unterlassung verpflichtet jedoch zum Schadensersatz.[7])

Der auf Grund der Veräußerung des Pfandes gezahlte Kaufpreis stellt als Erlös den Sachwert dar, aus dem der

---

[1]) vgl. Kober § 1239 Nr. 1b S. 875; Biermann § 1239 Nr. 2 S. 460.

[2]) vgl. § 1239 Abs. 2 BGB.

[3]) vgl. Mot. z. BGB. Bd. 3 §§ 1169—1176 Nr. 9 S. 826 unten; vgl. Biermann § 1239 Nr. 2 S. 460; Kober § 1239 Nr. 1b S. 875; Planck § 1239 Nr. 2 S. 791.

[4]) § 1249 BGB.

[5]) §§ 1241, 1248 BGB. Über den Begriff „unverzüglich“ vgl. § 121 Abs. 1 BGB.

[6]) vgl. Planck § 1241 S. 792.

[7]) § 1243 Abs. 2 BGB.

Kommissionär Befriedigung erlangen soll. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen würde er nun an dem ihm bezw. dem Versteigerungsbeamten als seinem beauftragten Besitzmittler zugefallenen Gesamterlöse Alleineigentum erwerben.[1]) Da jedoch der Ersteher durch die Pfandveräußerung lastenfreies Eigentum erlangt,[2]) hat der Gesetzgeber, um dem Eigentümer und den sonst am Pfande Berechtigten einen dem Verluste ihrer Rechtsstellung möglichst entsprechenden Ersatz zu schaffen, die Rechtsverhältnisse am Erlöse im § 1247 besonders geregelt.

Demzufolge erwirbt der Kommissionär, obwohl er bei der Veräußerung als Pfandgläubiger in eigenem Namen handelt,[3]) an dem bezahlten Kaufpreise nur insoweit Alleineigentum, als der Erlös ihm zur Befriedigung seiner Pfandforderung gebührt. Der die Forderung nebst Nebenrechten[4]) übersteigende Betrag tritt kraft dinglicher Surrogation[5]) an die Stelle des Pfandes, fällt also in das Eigentum des bisherigen Pfandeigentümers und unter das dingliche Recht etwaiger anderer Berechtigter.

Die Vorschriften über die Realisierung des Pfandrechts durch Verkauf gelten auch für Inhaberpapiere, denn diese werden in pfandrechtlicher Beziehung wie bewegliche Sachen behandelt.[6]) Der Kommissionär kann also, sobald seine Forderung als Geldforderung ganz oder teilweise fällig geworden

---

[1]) vgl. Mot. z. BGB. Bd. 3 § 1183 S. 833 Abs. 3 u. 4.

[2]) § 1242 Abs. 1 u. 2 BGB. Eine nicht rechtmäßige Veräußerung überträgt kein Eigentumsrecht auf den Erwerber; die Rechte Dritter an der Sache bleiben bestehen; vgl. jedoch § 1244 BGB.

[3]) vgl. Mot. z. BGB. Bd. 3 § 1183 S. 833 Abs. 4.

[4]) vgl. § 1210 Abs. 1 u. 2 BGB.

[5]) vgl. Mot. z. BGB. Bd. 3 § 1183 S. 833 Abs. 5.

[6]) § 1293 BGB.

ist,[1]) das seinem Pfandrecht unterliegende Inhaberpapier öffentlich versteigern, und wenn das Papier einen Börsen- oder Marktpreis hat, dasselbe auch freihändig durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise verkaufen lassen.[2]) Damit sind aber seine Befugnisse noch nicht erschöpft. Zufolge § 1294 BGB. ist er auch berechtigt, sich durch Einziehung der dem Inhaberpapier zugrunde liegenden Forderung bezahlt zu machen, und zwar auch schon dann, wenn die allgemeinen Voraussetzungen der Pfandverwertung[3]) noch nicht eingetreten sind. Dabei unterliegt er nicht den Beschränkungen des § 1282 Abs. 1 Satz 2; er kann die ganze im Inhaberpapier verbriefte Forderung einziehen, nicht nur den Teil, der zur Deckung seiner Forderung erforderlich ist.[4])

Die vorzeitige Einziehungsbefugnis hat der Kommissionär auch, wenn Orderpapiere seinem Pfandrechte unterliegen.[5]) Hat das Orderpapier einen Börsen- oder Marktpreis, so kann er dasselbe nach Eintritt seines Pfandverwertungsrechtes aber auch nach den für Sachen mit Börsen- oder Marktpreis geltenden Regeln verkaufen lassen.[6]) Ein Recht auf öffentliche Versteigerung hat er dagegen nicht;[7]) er darf das Papier

---

[1]) § 1228 Abs. 2 BGB.

[2]) § 1235 Abs. 1 u. 2 in Verb. mit § 1221 BGB.

[3]) vgl. § 1228 Abs. 2 BGB.

[4]) vgl. Biermann zu § 1294 S. 507; Kober § 1294 Nr. 2 S. 936; Planck § 1294 Nr. 2a S. 854.

[5]) § 1294 BGB.

[6]) § 1295 BGB.

[7]) Biermann zu § 1295 S. 508; Kober zu § 1295 S. 937 in Verb. mit § 1292 Nr. 4a S. 933; Planck § 1295 Nr. 2 am Ende S. 855.

auch nicht durch Indossierung weiterbegeben und so verwerten[1]) (§ 1282 Abs. 2 BGB.).

Begründet das Orderpapier kein Forderungsrecht und hat es auch keinen Börsen- oder Marktpreis, wie z. B. eine zum Börsenhandel nicht zugelassene Namensaktie, so kann er sich daraus nur nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften (§ 1282 Abs. 2 BGB.) befriedigen.[2])

Ist das Orderpapier ein sogen. Dispositionspapier, d. h. ein solches, durch welches der legitimierte Besitzer über die in dem Papiere genannte Ware verfügen kann, so kommt es darauf an, ob das Papier durch sein Giro den Kommissionär als den Verfügungsberechtigten ausweist oder nicht. Lautet das Papier auf den Namen des Kommissionärs oder gibt ihm ein Blankogiro die Legitimation, so hat er die Wahl, ob er kraft seines Verfügungsrechts sich aus der Ware selbst befriedigen, oder ob er das Papier als solches verwerten soll.[3]) Ist dagegen nach dem Inhalt des Papiers der Schuldner verfügungsberechtigt, so hat der Kommissionär nur Rechte am Papier. Er kann vom Papierschuldner die Herausgabe der verbrieften Ware verlangen und so ein Pfandrecht an der Ware selbst erwerben,[4]) oder sich durch Verwertung des Papiers als solchen Befriedigung verschaffen.[5])

---

[1]) Staub § 368 Anm. 74 S. 1376.

[2]) Nach Maßgabe des § 1277 BGB.; vgl. Kober § 1295 Nr. e S. 937; Staub § 368 Anm. 75 S. 1376.

[3]) vgl. Staub § 368 Anm. 76 S. 1376.

[4]) § 1287 BGB.

[5]) vgl. Staub § 368 Anm. 77 S. 1376.

§ 7.

Das Zusammentreffen einer Mehrheit von Pfandrechten.

Das das Pfandrecht an beweglichen Sachen beherrschende Faustpfandprinzip beschränkt zwar die Anzahl der Fälle eines Zusammentreffens einer Mehrheit von Pfandrechten, aber es schließt dieselben keineswegs aus.[1])

Auch im Handelsverkehr ist es eine nicht seltene Erscheinung, daß derselbe Gegenstand mehrfach belastet ist. Um speziell die Möglichkeit des gleichzeitigen Bestehens mehrerer Pfandrechte am Kommissionsgute zu erbringen, bedarf es nur des Hinweises darauf, daß der Pfandbesitz auch ein mittelbarer sein darf. Der Kommissionär kann mittels Dispositionspapiers über eine Ware verfügen, während die Ware selbst bereits im Besitze eines Spediteurs oder Frachtführers ist. In diesem und in anderen Fällen[2]) ist eine Konkurrenz mehrerer Pfandrechte möglich, und da die Forderungen der verschiedenen Pfandgläubiger den durch die Verwertung der Pfandsache erzielten Erlös übersteigen können, so kann es sich ereignen, daß nicht alle Gläubiger zu ihrer Befriedigung gelangen. Es ist daher rechtlich bedeutsam, das Rangverhältnis derselben festzustellen, um dementsprechend den Erlös zu verteilen.

Der Regel nach bestimmt sich der Rang mehrerer an demselben Gegenstande bestehender Pfandrechte nach der Zeit ihrer Entstehung, und dies gilt nach § 1209 BGB. auch, wenn das Pfandrecht zur Sicherung einer künftigen oder einer bedingten Forderung dient; wann die Forderung entsteht oder fällig ist, ist gleichgültig.

---

[1]) vgl. Dernburg, B. R. Bd. 3 § 265 I S. 902.

[2]) vgl. Lehmann-Ring § 443 Nr. 1 S. 360/61.

Aber das Alter des Pfandrechts ist für die Rangordnung nicht der notwendige Bestimmungsgrund. Abgesehen davon, daß für den Vorzug auch der gutgläubige Erwerb des Pfandrechts von Bedeutung sein kann,[1]) daß öffentlichrechtliche Gründe dem jüngeren Gläubiger den Vorrang verschaffen können,[2]) kann auch für die Begünstigung gewisser Pfandrechte der Umstand sprechen, daß sie einem Tatbestande entspringen, der eine Erhaltung oder Verbesserung der älteren Rechte in sich schließt.[3])

Von diesem Gesichtspunkte einer versio in rem geht der § 443 HGB. aus, der aber nur eine Regelung der Kollision mehrerer gesetzlicher Pfandrechte des Handelsgesetzbuches gibt. Bei einem Zusammentreffen anderer Pfandrechte gilt das Prinzip der zeitlichen Priorität, soweit nicht der Grund-

---

[1]) vgl. § 1208 BGB., der auf gesetzliche Pfandrechte jedoch nur insoweit anwendbar ist, als dies besonders bestimmt ist (vgl. § 366 Abs. 3 HGB.).

[2]) vgl. beispielsweise §§ 14 u. 100 des Vereinszollges. v. 1. 7. 1869. Danach haften zollpflichtige Gegenstände in erster Linie für den Zoll; vgl. auch KO. § 49 Abs. 2 bezüglich des Absonderungsrechts an zurückgehaltenen oder in Beschlag genommenen zoll- und steuerpflichtigen Sachen.

[3]) vgl. schon l. 5 D. qui pot. in pignore 20, 4. Ulpianus libro tertio disputationum: Interdum posterior potior est priori, ut puta si in rem istam conservandam impensum est quod sequens credidit: veluti si navis fuit obligata et ad armandam eam vel reficiendam ego credidero und l. 6 D. eod. Ulpianus libro septuagesimo tertio ad edictum: huius enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam. — Den Römern ist für dieses Verhältnis der Ausdruck „versio in rem“ unbekannt. Derselbe bezeichnet aber Grund und Charakter des Privilegiums befriedigend mit einem Schlagwort. So Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts Bd. 2 1864 § 152 S. 427.

satz „Hand wahre Hand“ oder besondere gesetzliche Bestimmungen eingreifen.

Das Handelsgesetzbuch unterscheidet in dem § 443 zwei Klassen von Pfandrechten. Zu der ersten Klasse gehören die Pfandrechte, welche die durch Versendung oder Beförderung des Gutes entstandenen Forderungen sichern; die zweite Klasse bilden die nicht aus der Versendung entstandenen Pfandrechte des Kommissionärs und des Lagerhalters sowie die Pfandrechte des Spediteurs und des Frachtführers für Vorschüsse.

Die Sicherungsrechte der ersten Klasse haben sämtlich den Vorrang vor den Pfandrechten der zweiten, ohne Rücksicht auf das Datum ihrer Entstehung und den guten Glauben des Erwerbers; für das Verhältnis der bevorrechteten Rechte zueinander gilt das dem § 1209 BGB. entgegengesetzte Prinzip: das später entstandene Pfandrecht geht dem früheren Datums vor.

Was die bevorrechtigten Pfandrechte im einzelnen anlangt, so kann man zunächst versucht sein, aus den nur auf die Tätigkeit des Spediteurs und Frachtführers hinweisenden Worten „Versendung“ und „Beförderung“ zu schließen, daß nur ihre Sicherungsrechte hierher zu rechnen sind.

Dieser Annahme steht aber entgegen, daß sich sehr wohl Fälle ergeben können, in denen Forderungen des Kommissionärs und des Lagerhalters ihren Entstehungsgrund in der Versendung oder Beförderung des Gutes haben, obwohl das Handelsgewerbe dieser Kaufleute an sich mit der Versendung oder Beförderung von Gütern nichts zu tun hat. Soweit aber derartige Forderungen in Betracht kommen, wie z. B. Ansprüche wegen Verwendungen für Verpackung, Umpackung, Lagerung, müssen auch die zu ihrer Sicherung

dienenden Pfandrechte eine bevorzugte Rangstellung einnehmen.[1]) Darauf weist schon die Fassung des § 443 Abs. 2 HGB. hin, die mit Absicht gewählt wurde, um die durch den Wortlaut des Art. 411 a. HGB. bezüglich des Ranges des Kommissionärs entstandenen Zweifel zu beseitigen.[2]) Das erfordert aber auch die ratio legis, wonach die Pfandrechte aller derjenigen bevorzugt sein sollen, welche durch ihre Leistungen in Beziehung auf die Versendung oder Beförderung des Gutes zu dessen Werterhöhung beigetragen haben.[3])

---

[1]) A. A. anscheinend Cosack, HR. § 91 II, 3b S. 420, der wohl aber nur an den Regelfall denkt, daß dem Kommissionär oder Lagerhalter solche Forderungen nicht zustehen.

[2]) vgl. Denkschr. (Mugdan) S. 410. — § 443 Abs. 2 lautet: „Diese Pfandrechte haben sämtlich den Vorrang vor dem nicht aus der Versendung entstandenen Pfandrechte des Kommissionärs und des Lagerhalters“ ... Dagegen die Fassung des Art. 411 Satz 2 a. HGB.: „Diese Pfandrechte haben sämtlich den Vorrang vor dem Pfandrechte des Kommissionärs“. Mit Rücksicht hierauf wollten Laband (in G. Z. Bd. 9 § 16 II, 1 S. 479, 480), Thöl (Bd. 3 § 41 II S. 76), Anschütz-v. Völderndorff (Art. 411 S. 457), Keyßner (Art. 411 Nr. 3 S. 470), Puchelt-Förtsch (Art. 411 Nr. 2 S. 1260) den Kommissionär ganz in die zweite Klasse stellen.

[3]) vgl. Lutz, Prot. S. 861. — Aus diesem Grunde nahmen schon zur Zeit der Geltung des a. HGB. Goldschmidt (Handb. Bd. 1 Abt. 2 § 97 Nr. 8 S. 1027), Endemann (HR. § 76 II D. S. 353, 354), Schott (§ 350 I, 1c S. 459), v. Hahn (Art. 411 § 3 S. 671 u. 672), Eger (Art. 411 Nr. 152 I A S. 687 u. 690), Willenbücher (Art. 411 Nr. 2 A c S. 550) den für das neue Recht gesetzlich festgelegten Standpunkt ein, indem sie davon ausgingen, daß die Worte „Pfandrecht des Kommissionärs“ im Art. 411 a. HGB. nur deshalb ohne Einschränkung geblieben sind, weil dem Kommissionär in der Regel Forderungen aus der Versendung oder Beförderung des Gutes nicht zustehen.

Trifft sonach die Annahme Labands,[1]) daß sämtliche Forderungen des Kommissionärs in die zweite Klasse gehören, für das neue Recht nicht zu, so fragt es sich, ob sich seine Entscheidung nicht wenigstens für den von ihm angezogenen Fall aufrechterhalten läßt, daß der Kommissionär dem die Ware abliefernden Frachtführer oder Spediteur die Transportkosten bezahlt. Eger[2]) meint, in diesem Falle handele es sich nicht um eine direkt durch die Beförderung oder Versendung entstandene Forderung, sondern nur mittelbar um eine Erstattung an den Frachtführer und Spediteur für deren Beförderungs- und Versendungskosten, und deshalb müsse sie in die zweite Klasse fallen. Allein es ist kein Grund ersichtlich, weshalb nur Forderungen wegen Verwendungen für Verpackung, Umpackung, Lagerung usw., nicht aber auch die wegen Bezahlung der Transportkosten erwachsenen Ansprüche aus der Versendung oder Beförderung des Gutes entstanden sein sollen. Man wird daher dem Kommissionär auch in dem von Laband gewählten Beispiele eine bevorzugte Rangstellung einräumen müssen.[3])

Wie bereits hervorgehoben wurde, können auch Forderungen des Lagerhalters in die erste Klasse fallen. Dies gilt insbesondere von den Ansprüchen für verauslagte Fracht, für Zölle und erwachsene Transportkosten. Jedoch ist hierbei immer Voraussetzung, daß die Versendung des Gutes noch nicht beendet ist, da sonst die durch die Einlagerung verursachten Kosten nicht im Zusammenhang mit der Ausführung

---

[1]) a. a. O.

[2]) Eger Art. 411 Nr. 152 I A S. 687 u. 690.

[3]) So ausdrücklich auch Lehmann-Ring § 443 Nr. 3 δ Text und Note 2 S. 361.

des Transportes stehen.[1]) Auch die Lagerkosten können zur ersten Klasse gehören. Aus der Versendung entstanden erscheinen sie namentlich dann, wenn die Einlagerung seitens des Frachtführers auf Grund des § 437 Abs. 2 Satz 1 HGB. erfolgte, weil ein Ablieferungshindernis für die Ware bestand.[2])

Es erübrigt noch auf die Rangstellung des Spediteurs und des Frachtführers einzugehen.

Es liegt nahe, anzunehmen, daß sämtliche durch den konkreten Speditions- oder Frachtvertrag begründeten Forderungen privilegiert sein müßten, da sie alle als durch die Versendung bezw. Beförderung des Gutes entstanden erscheinen. Das Gesetz nimmt aber im § 443 Abs. 2 die Vorschüsse auf das Gut von der Begünstigung aus und verweist sie in die zweite Klasse. Man darf unter Vorschüssen hier nur Leistungen zur Beleihung des Gutes verstehen. Zahlungen, die vorschußweise zur Deckung der Transportunkosten dienen, fallen nicht hierunter.[3]) Zu den Vorschüssen gehört mithin die im voraus bezahlte Wertnachnahme, die nur Deckung für den Wert des Gutes gewähren soll, nicht dagegen die Spesennachnahme.[4])

Diese Teilung der Vorschüsse entspricht nicht nur der Billigkeit, die verlangt, daß der seinen Vormann durch Leistung von Spesenvorschüssen befriedigende Spediteur oder

---

[1]) vgl. Lehmann-Ring § 443 Nr. 3 γ S. 361; Düringer-Hachenburg § 443 Note IIc S. 622; Makower § 443 Ic S. 1560.

[2]) vgl. Staub § 443 Anm. 4 S. 1894; Makower § 443 Ic S. 1560; Goldmann § 443 Nr. 4 S. 1768.

[3]) vgl. Düringer-Hachenburg § 443 Note III, 2 S. 622.

[4]) Düringer-Hachenburg a. a. O.; Lehmann-Ring § 443 Nr. 3 S. 361; Makower § 443 Ib u. d S. 1560; Staub § 443 Anm. 1 u. 2 S. 1893.

Frachtführer dieselbe bevorzugte Rangstellung erhält, welche diesem gebühren würde, falls er wegen seiner aus der Versendung oder Beförderung des Gutes erwachsenen Forderungen keine Befriedigung gefunden hätte, sondern folgt auch aus der ratio des Gesetzes. Denn soweit das Pfandrecht auf Spesennachnahme beruht, welche die erst anläßlich des Transportes entstandenen Zahlungen umfaßt, greift der für die Begünstigung desselben maßgebende Gesichtspunkt der versio in rem ein, und muß es daher in der ersten Klasse stehen.

Zweifelhaft kann es sein, ob die Ersatzansprüche für bezahlte Wertnachnahme stets in die zweite Klasse zu stellen sind, gleichviel ob die Zahlung des Spediteurs oder Frachtführers unmittelbar an den Absender oder Empfänger erfolgte, oder ob sie einem Vormanne zu dessen Befriedigung gewährt wurde.

Laband[1]) will für den Fall, daß die Wertnachnahme einem Vormanne bezahlt wird, dieselbe in die erste Klasse gestellt wissen und sucht dies dadurch zu begründen, daß die Leistung des Vormannes zwar in seiner Person einen auf das Gut gegebenen Vorschuß darstelle, aber in der Person des seinen Vormann befriedigenden Nachmannes sich als eine auf die Versendung des Gutes verwendete Auslage erweise. Diese Begründung Labands ist eine Konsequenz seiner Konstruktion des Überganges der Forderung und des Pfandrechtes des Vormannes auf den Nachmann, wenn dieser die auf dem Gute ruhende Nachnahme bezahlt. Nach Laband[2])

---

[1]) Laband in G. Z. Bd. 9 § 16 I S. 478, 479; derselben Ansicht sind Anschütz-v. Völderndorff Art. 411 Nr. 1 u. 2 sowie Fußnote 1 S. 457; Eger Art. 411 Nr. 152 I A, 1 u. 2 S. 688, 689; Keyßner Art. 411 Nr. 3 S. 470; Puchelt-Förtsch Art. 411 Nr. 2 S. 1260.

[2]) vgl. Laband in G. Z. Bd. 9 § 14 I S. 468.

ist der Nachmann nicht Zessionar des durch die Zahlung befriedigten Vormannes, sondern er erwirbt ein eigenes selbständiges Pfandrecht, das seinen Rechtsgrund in der nützlichen Verwendung auf das Gut hat. Für diese auch von Anschütz-v. Völderndorff,[1]) Eger,[2]) v. Hahn,[3]) Keyßner[4]) und Burchard[5]) vertretene Konstruktion liegt aber, wie Schott[6]) überzeugend nachgewiesen hat, kein zwingender Grund vor. Man ist daher dem klaren Wortlaut der §§ 411 Abs. 2 und 441 Abs. 2 gegenüber, der ausdrücklich für den Fall der Befriedigung des Vormannes einen gesetzlichen Übergang seiner Rechte auf den Nachmann vorschreibt, nicht berechtigt, anzunehmen, daß dieser durch die von ihm geleisteten Zahlungen eine neue Forderung und ein damit verbundenes eigenes selbständiges Pfandrecht erwirbt. In den Beratungen der Nürnberger Konferenz[7]) wurde denn auch mit Recht hervorgehoben, daß eine Zession und Pfandübertragung kraft Gesetzes eintrete.

Liegt aber ein Übergang von Forderung und Pfandrecht kraft gesetzlicher Zession vor, so kann sich die Rangstellung des Pfandrechts auch nur lediglich nach dem Range des

---

[1]) Anschütz-v. Völderndorff Art. 382 IX, 2 S. 412, 413, insbesondere Fußnote 35.

[2]) Eger Art. 410 Nr. 148 S. 666, 667.

[3]) v. Hahn Art. 410 § 3 S. 667, 668.

[4]) Keyßner Art. 382 Nr. 9 S. 427 u. Art. 410 Nr. 3 S. 468, 469.

[5]) Burchard § 29 S. 391ff.

[6]) Schott in Endemanns Handb. Bd. 3 § 349 II S. 449—451; Schott haben sich angeschlossen Lehmann-Ring § 411 Nr. 2 S. 281 u. § 441 Nr. 4 S. 358; Düringer-Hachenburg § 411 Note III S. 472 u. § 441 Note III S. 618; Staub § 411 Anm. 2 S. 1815, § 441 Anm. 5 S. 1890, 1891; Makower § 411 IIIb S. 1442; Goldmann § 411 Nr. 9 S. 1710, § 441 Nr. 10 S. 1766.

[7]) Lutz, Prot. S. 1436.

Rechts des Vormannes bestimmen, von dem es sich ableitet. Als was sich die Wertnachnahme in der Person des Nachmannes qualifiziert, kommt für die rechtliche Beurteilung derselben nicht in Frage.

Sonach macht es hinsichtlich der Rangordnung keinen Unterschied, ob der Spediteur oder Frachtführer das Gut selbst beliehen, oder ob er die Wertnachnahme des Vormannes bezahlt hat.[1])

Für die nach den vorstehenden Ausführungen in die zweite Klasse gehörigen Pfandrechte gelten die Grundsätze des bürgerlichen Rechts. Soweit nicht der Grundsatz „Hand wahre Hand“ eingreift, geht also das früher entstandene Pfandrecht dem später erworbenen vor. Im alten Handelsgesetzbuch war dies ausdrücklich ausgesprochen; das neue Handelsgesetzbuch hat diese Bestimmung als selbstverständlich gestrichen.

§ 8.

Das Pfandrecht im Konkurse des Kommittenten.

Das Pfandrecht behält auch im Konkurse seine Wirkung, und zwar sowohl im Konkurse des Kommittenten als auch in dem des Dritten, der Eigentümer des Gutes ist.[2]) Nach § 49 Nr. 2 in Verbindung mit § 48 KO. kann der Kommissionär wegen seiner Pfandforderungen abgesonderte Befriedigung

---

[1]) Übereinstimmend Schott § 350 I, 1a u. 2b S. 458/59; Lehmann-Ring § 443 Nr. 3 S. 361; Düringer-Hachenburg § 443 Note III, 2 S. 672; Staub § 443 Anm. 1. u. 2 S. 1893; Makower § 443 Ib u. d S. 1560.

[2]) vgl. Endemann, Konkursverfahren § 65 IV, 8 S. 410.

aus dem Kommissionsgut verlangen, zunächst wegen der Kosten, dann wegen der Zinsen, zuletzt wegen des Kapitals. Da die abgesonderte Befriedigung unabhängig vom Konkursverfahren erfolgt,[1]) kann er sein dingliches Recht wie außerhalb des Konkurses verfolgen. Er braucht das Pfand nicht an die Konkursmasse abzuliefern,[2]) sondern kann sich der Masse gegenüber in derselben Weise bezahlt machen, wie wenn ein Konkursverfahren nicht bestände.[3]) Da aber das Pfand zur Konkursmasse gehört und ein nach Befriedigung des Absonderungsberechtigten etwa verbleibender Überschuß seines Wertes in die Teilungsmasse fließt, ist er im Interesse der Konkursgläubiger verpflichtet, dem Verwalter von seinem Besitze und von den Forderungen, für welche er abgesonderte Befriedigung in Anspruch nimmt, Anzeige zu machen und ihm auf Verlangen die Sache zur Ansicht vorzuzeigen sowie deren Abschätzung zu gestatten (§§ 118 u. 120 KO.). Auf diese Weise soll zugleich dem Verwalter die Möglichkeit gegeben werden, festzustellen, ob ein Interesse an der eigenen Verwertung der Pfandsache besteht.[4]) Macht nämlich der Kommissionär nicht innerhalb einer ihm auf Antrag des Verwalters vom Konkursgericht gesetzten Frist[5]) von seiner Ver-

---

[1]) § 4 Abs. 2 KO.

[2]) Kleinfeller § 120 Nr. 1 S. 445.

[3]) Jaeger § 47 Anm. 7 S. 403; Kleinfeller § 4 II, 3 S. 33/34, § 48 III, 9 S. 260.

[4]) vgl. Kleinfeller §§ 118, 119 Nr. 5 S. 443.

[5]) „Das Gericht muß nach § 127 Abs. 2 den Gläubiger hören und teilt ihm zu diesem Zweck den Antrag zur Äußerung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt mit. Nach Äußerung des Gläubigers oder Eintritt dieses Zeitpunktes bestimmt das Gericht die Frist und stellt diese Entscheidung dem Gläubiger von Amts wegen zu.“ So v. Wilmowski-Kurlbaum § 127 Nr. 4 S. 367.

wertungsbefugnis Gebrauch, so kann der Konkursverwalter, da das dem Absonderungsrecht unterliegende Gut Bestandteil der Masse ist, auch selbst die Veräußerung nach Maßgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung oder über den Pfandverkauf betreiben (§ 127 Abs. 2 u. 1 KO.).[1]) Der Kommissionär kann einer solchen Verwertung nicht widersprechen[2]) und ist nötigenfalls auf Duldung des Verkaufs zu verklagen.[3]) Sein Absonderungsrecht kommt dadurch zur Geltung, daß er rangmäßige Befriedigung aus dem nach Abzug der Verwertungskosten verbleibenden Reinerlöse verlangen kann;[4]) einen etwaigen Überschuß hat der Verwalter an die Konkursmasse abzuführen und zur Befriedigung der Konkursgläubiger zu verwenden.

Der Kommissionär ist in seiner Eigenschaft als Absonderungsberechtigter nicht Konkursgläubiger. Soweit der Kridar ihm nur dinglich, nicht auch persönlich haftet, hat er auch kein Recht, sich am Verfahren als Konkursgläubiger zu beteiligen. Steht ihm dagegen zugleich ein persönlicher Anspruch gegen den Gemeinschuldner zu, wie in dem Regelfalle, daß der Kommittent Eigentümer des Gutes ist, so kann er seine Forderung auch zur Masse anmelden. Da aber durch die ihm gegebene Sicherung die Gefahr des Verlustes seines Anspruches verringert wird und die Konkursgläubiger nicht

---

[1]) Ist von einer Veräußerung des Absonderungsgegenstandes ein Überschuß für die Masse nicht zu erwarten, so kann der Verwalter die Verwertung dem Kommissionär überlassen; vgl. Jaeger § 47 Anm. 8 S. 404.

[2]) § 127 Abs. 1 Satz 2 KO.; vgl. dagegen § 805 ZPO.

[3]) vgl. Jaeger § 127 Anm. 11 S. 640, 641 und Anm. 15 S. 643.

[4]) vgl. § 127 Abs. 1 Satz 2 KO. und Jaeger § 127 Anm. 12 S. 641.

ungebührlich beeinträchtigt werden dürfen,[1]) ist er in der Geltendmachung des persönlichen Rechts beschränkt. Er kann die Forderung, die ihm gegen den Gemeinschuldner zusteht, nur insoweit geltend machen, als er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet oder bei Ausübung des Absonderungsrechts einen Ausfall erlitten hat (§ 64 KO.). Nur in Ansehung dieses Betrages ist er Konkursgläubiger,[2]) nur insoweit erhält er verhältnismäßige Befriedigung.

II. Das Befriedigungsrecht des Kommissionärs.

§ 9.

Rechtsverhältnisse, bei denen sich das gesetzliche Pfandrecht als unzureichendes Sicherungsmittel erweist.

Das gesetzliche Pfandrecht reicht aber allein nicht aus, um dem Kommissionär in jeder Beziehung eine gesicherte Stellung zu verschaffen. Insbesondere zwei Fälle kommen in Betracht, in denen dem Kommissionär ein Pfandrecht nicht zusteht, obgleich er über Vermögenswerte verfügt, die materiell dem Kommittenten gebühren.

Die Entstehung des Pfandrechts ist nämlich einmal ausgeschlossen, wenn und solange der Kommissionär Eigentümer des Kommissionsgutes ist.

---

[1]) vgl. Jaeger § 64 Anm. 5 S. 516.

[2]) vgl. v. Wilmowski-Kurlbaum § 64 Nr. 1 S. 277.

Freilich ist in der Literatur[1]) auch die gegenteilige Meinung vertreten worden. Doch ist diese Ansicht irrig; sie findet auch für das neue Recht in dem § 1256 BGB. keine Stütze. Denn wenn hiernach ein Pfandrecht an eigener Sache auch nicht völlig ausgeschlossen ist, so handelt es sich hier doch nur um eine Ausnahmenorm, deren allgemeine Grundbedingung im vorliegenden Falle nicht gegeben ist. Wie aus der Fassung des § 1256 BGB. hervorgeht, bezieht sich nämlich diese Bestimmung nur auf eine nachträglich erfolgte Vereinigung von Eigentum und Pfandrecht in derselben Person und an derselben Sache.[2]) Im vorliegenden Falle handelt es sich aber nicht um die Aufrechterhaltung eines bereits bestehenden Pfandrechts, sondern um die Neubegründung eines solchen. Aus § 1256 BGB. kann daher ein Beweis dafür, daß der Kommissionär als Eigentümer a priori ein Pfandrecht zu erwerben in der Lage sei, nicht gewonnen werden. Vielmehr bestätigt diese Ausnahmebestimmung nur die Regel, daß ein Pfandrecht an eigener Sache nicht selbständig entstehen kann. Die handelsrechtliche Literatur[3]) hat sich denn auch überwiegend gegen die Annahme eines Pfandrechts an eigener Sache ausgesprochen.

---

[1]) vgl. Jacoby § 14 S. 81, 82 Text u. Fußnote 9; auch Cosack, HR. § 43 II Nr. 13c S. 186; Eck, Vortr. § 40 Nr. 2 S. 330 u. Müller-Erzbach § 8 S. 56; Callmann im Bankarch. 5. Jahrg. S. 279.

[2]) vgl. Kober § 1204 I, 1f. S. 837; Seufferts Arch. Bd. 58 (3. Folge Bd. 3) Nr. 66 S. 126.

[3]) vgl. Laband in G. Z. Bd. 9 § 9 II, 2 S. 439 u. 443; Anschütz-v. Völderndorff Art. 374 III S. 372; v. Hahn Art. 374 § 1 Nr. 2 S. 495; ferner: Lehmann-Ring § 397 Nr. 12 S. 250; Lehmann, Lehrb. d. HR. § 191 Nr. 3a S. 815; Düringer-Hachenburg § 397 Note II, 2 S. 415; Staub § 397 Anm. 5 S. 1783, § 398 Anm. 1 S. 1785; Makower § 397 Ia, 2 S. 1403; auch § 398 Ib S. 1406.

Danach würde aber der Kommissionär bei einer Einkaufskommission in der Regel nicht in gleicher Weise geschützt sein wie bei einer Verkaufskommission. Denn während er hier nur unter Umständen Eigentum am Kommissionsgute erlangt,[1]) erwirbt er bei einem Anschaffungsauftrage grundsätzlich zunächst selbst das Eigentum, da er bei der Ausführung, wenn auch für fremde Rechnung, so doch in eigenem Namen handelt.

Diese aus dem Begriff der Kommission (§ 383 HGB.) und den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts sich ergebende Rechtsfolge[2]) darf aber naturgemäß nicht zu einer Beeinträchtigung der Sicherstellung des Kommissionärs führen. Daß aber seine Sicherheit tatsächlich beeinträchtigt wäre, wenn das Gesetz nicht schützend eingriffe, das zeigt sich insbesondere dann, wenn der Kommittent einen vom Kommissionär ausgeführten Anschaffungsauftrag als für seine Rechnung geschlossen nicht gelten lassen will und seinen Ansprüchen auf Zahlung der Provision und Erstattung der Auslagen nicht nachkommt. Das Eigentum am Gute mittels constitutum possessorium[3]) auf den Kommittenten zu übertragen, ist er dann nicht in der Lage, da derselbe seine Mitwirkung verweigert; die Entstehung eines Pfandrechts ist demnach überhaupt ausgeschlossen.[4])

[1]) Man denke z. B. an den Fall, daß der Kommittent dem Kommissionär einen mit Vollindossament versehenen Wechsel zum Zwecke des Verkaufs zu Eigentum übergeben hat, damit dieser ihn an den Käufer weiter indossiere.

[2]) vgl. Denkschr. z. Entw. eines HGB. (Mugdan) S. 386; Düringer-Hachenburg § 384 Note IV S. 362.

[3]) § 930 BGB.

[4]) vgl. die Ausführungen d. ROHG. Bd. 16 Nr. 33 S. 116.

Würde aber der Kommissionär, um sich für seine Ansprüche auf Zahlung der Provision und Vergütung der aus der Geschäftsbesorgung erwachsenen Auslagen usw. bezahlt zu machen, das Kommissionsgut wie ein anderer Eigentümer aus freier Hand verkaufen, so würde sich die vorgenommene Veräußerung nach Verweigerung der Annahme der Ware als ein tatsächlicher Rücktritt vom Kommissionsvertrage darstellen.[1]) Das Rücktrittsrecht des Kommissionärs wird nun allerdings bei eingetretenem Verzug und vergeblich gesetzter Nachfrist in der Literatur nicht allgemein für unzulässig erklärt,[2]) unseres Erachtens geht aber dasselbe nicht so weit, daß es die Befugnis in sich schließt, das Gut freihändig zu verkaufen.[3])

Ein weiterer Fall, wo das gesetzliche Pfandrecht den

---

[1]) Entsch. d. HAG. zu Nürnberg v. 1865 in G. Z. Bd. 10 S. 137.

[2]) Für die Zulässigkeit des Rücktritts auf Grund des § 326 BGB. sprechen sich aus Cosack, HR. § 43 II, 15 S. 187; Düringer-Hachenburg § 385 Note V, 2b S. 375; Lehmann-Ring § 384 Nr. 28 S. 213, § 389 Nr. 3 S. 225; Makower § 383 Nr. XIf, 3 S. 1346, 1347; Adler in Holdheims Monatsschr. 1897 S. 171. Dagegen aber die Denkschr. z. Entw. eines HGB. (Mugdan) S. 390, weil die dem Kommissionär obliegende Herausgabe des aus der Geschäftsbesorgung Erlangten weder zum Recht auf Provision noch zum Ersatze der Aufwendungen, den der Kommissionär zu beanspruchen hat, in einem Verhältnisse von Leistung und Gegenleistung im Sinne des § 326 BGB. stehe. Ferner Staub § 397 Anm. 11 S. 1784, § 398 Anm. 2 S. 1785; Gareis, HR. § 51 III Nr. 4 Fußnote 1.

[3]) vgl. auch Dernburg, B. R. Bd. 2 § 344 V Fußnote 12 S. 574, 575: „Geht dies so weit (sc. das Rücktrittsrecht), daß der Einkaufskommissionär nach Verzug des Kommittenten und vergeblich gestellter Nachfrist, indem er zurücktritt, das angekaufte Gut für sich behalten kann? Dagegen Denkschr. S. 240. In der Tat widerspräche ein so weit gehendes Recht den Zwecken der Kommission und Treu und Glauben".

Kommissionär nicht zu sichern vermag und eine besondere Sicherung erforderlich ist, liegt dann vor, wenn die aus dem Ausführungsgeschäft entstandenen Rechtsbeziehungen seitens des Drittkontrahenten noch nicht abgewickelt sind.[1]

Wie in § 392 Abs. 1 HGB. ausdrücklich hervorgehoben wird, sich aber schon von selbst verstanden hätte, stehen die in Ausrichtung des Auftrages gegen Dritte erworbenen Forderungen an sich dem Kommissionär zu. Ein Pfandrecht kann daher an ihnen nicht bestehen, eben weil sie bis zur Abtretung rechtlich ihm gehören.[1])

Aber wenngleich formell Gläubiger der Forderungen, ist der Kommissionär doch in der Verfügung über dieselben nicht unbeschränkt. Um nämlich den Kommittenten vor der Gefahr zu schützen, daß die andern Gläubiger des Kommissionärs die Forderungen, auf die jener gemäß § 384 Abs. 2 HGB. ein materielles Recht hat, zu ihrer Befriedigung verwenden, bestimmt § 392 Abs. 2 HGB., daß diese Forderungen, auch wenn sie nicht abgetreten sind, im Verhältnisse zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten gelten sollen. Die Folge davon aber ist, daß der Kommittent die Forderungen zu seinem ausschließlichen Vorteile in Anspruch nehmen darf, daß der Kommissionär nicht berechtigt ist, sie gegen seinen Willen einzuziehen, und daß ihm somit die Möglichkeit genommen wird, sich der aus dem Ausführungsgeschäft entstandenen Rechte als eines Mittels zur Deckung dem Kommittenten gegenüber zu bedienen.[2])

---

[1]) Übereinstimmend Laband in G. Z. Bd. 9 § 12 I, 1 S. 455; v. Hahn Art. 374 § 1 Nr. 4 S. 495; Düringer-Hachenburg § 399 Note II S. 422; Lehmann-Ring § 399 Nr. 1 S. 252.

[2]) vgl. Staub § 399 Anm. 1 S. 1785.

Von diesen Erwägungen ausgehend, hat der Gesetzgeber, um dem Kommissionär einen Ersatz für den fehlenden dinglichen Rechtsschutz zu schaffen, welcher ihm sonst bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 397 HGB. wegen der daselbst bezeichneten Ansprüche gewährleistet wird, ihm die Befugnis verliehen, sowohl aus dem in seinem Eigentum stehenden Kommissionsgut als auch aus den ausstehenden Forderungen sich zu befriedigen. Beide Befugnisse können wir unter dem Ausdruck Befriedigungsrecht i. w. S. zusammenfassen, wenn sie auch inhaltlich voneinander wesentlich verschieden sind, worauf schon die äußerliche Trennung der dafür maßgebenden Bestimmungen hinweist.

§ 10.

Die Bedeutung des § 398 HGB.

Das Befriedigungsrecht an eigenem Kommissionsgut ist im § 398 HGB. geregelt. Dieser bestimmt: „Der Kommissionär kann sich, auch wenn er Eigentümer des Kommissionsgutes ist, für die im § 397 bezeichneten Ansprüche nach Maßgabe der für das Pfandrecht geltenden Vorschriften aus dem Gute befriedigen".

Ein Pfandrecht an eigener Sache ist damit nicht geschaffen.[1]) Das Befriedigungsrecht ist in Wahrheit nichts anderes als eine Art gestatteter Selbsthilfe.[2]) Der Gesetz-

---

[1]) So ausdrücklich auch Düringer-Hachenburg § 398 Note II S. 421; vgl. dagegen Cosack § 43 II Nr. 13c S. 186; Eck, Vorträge § 40 Nr. 2 S. 330; Müller-Erzbach § 8 S. 56; Callmann im Bankarch. 5. Jahrg. S. 279 und dazu unsere Ausführungen auf S. 74.

[2]) vgl. Lepa § 7 II C. 3 β Anm. 163 Fußnote Nr. 4 S. 175.

geber wollte einerseits die Sicherstellung des Kommissionärs möglichst erhöhen, andererseits aber die Interessen des Kommittenten tunlichst wahren. Eine hinreichende Gewähr für eine unparteiische Berücksichtigung der Interessen beider Teile schien aber nur dann gegeben, wenn man dem Kommissionär das Verkaufsrecht eines Pfandgläubigers beilegte.[1])

Zu einer anderweiten Lösung der konstruktiven Schwierigkeit lag für den Gesetzgeber um so weniger Veranlassung vor, als bereits nach altem Rechte der Kommissionär auch als Eigentümer wie ein Pfandgläubiger nur Sicherheitsrechte ausüben und nur in deren Ausübung das Gut dem Kommittenten vorenthalten durfte. Das ist zwar vielfach bestritten worden,[2]) ergab sich aber aus dem Wortlaut des Art. 375 und der in der Nürnberger Konferenz geäußerten Auffassung.[3])[4])

Während aber Art. 375 die Art und Weise der Befriedigung des Kommissionärs allgemein regelte, indem er ihn, gleichviel ob er als Pfandgläubiger oder als Eigentümer des Gutes in Betracht kam, hinsichtlich seiner Verkaufsbefugnis den für das vertragsmäßige Pfandrecht im Art. 310 gegebenen Formvorschriften unterstellte, bezieht sich § 398 lediglich auf den Fall, daß das Kommissionsgut in seinem Eigentum steht. Eine weitere Bedeutung kommt der Bestimmung im Gegen-

---

[1]) vgl. Denkschr. z. Entw. eines HGB. (Mugdan) S. 389.

[2]) vgl. Laband in G. Z. Bd. 9 § 9 II, 2 S. 443, § 11 I S. 451; Goldschmidt, Handb. Bd. 1 Abt. 2 § 97 Nr. 7 S. 1026, 1027; Anschütz-v. Völderndorff Art. 374 III S. 372.

[3]) Lutz, Prot. S. 730 u. 1209.

[4]) Vom ROHG. in einer Anzahl Erkenntnissen anerkannt; vgl. ROHG. Bd. 11 Nr. 4 S. 12, Bd. 14 Nr. 62 S. 188, Bd. 16 Nr. 33 S. 118, Nr. 34 S. 120.

satz zu der Vorschrift des Art. 375 a. HGB. nicht zu. Dies muß im Gegensatz zu Lehmann[1]) angenommen werden, weil die Befugnis des Kommissionärs, sich aus dem Gute nach Maßgabe der für das Pfandrecht geltenden Vorschriften bezahlt zu machen, soweit er Pfandgläubiger ist, sich jetzt von selbst versteht,[2]) während früher mangels einheitlicher Bestimmungen über die Realisierung des Pfandrechts die Verwertungsart ausdrücklich vorgeschrieben werden mußte.

§ 11.

Die Voraussetzungen des Befriedigungsrechts.

a) An eigenem Kommissionsgut.

Voraussetzung für die Anwendung des § 398 ist somit stets, daß es sich um Kommissionsgut handelt, dessen Eigentümer der Kommissionär ist. Durch dieses Erfordernis unterscheidet sich gerade die Bestimmung des § 398 von derjenigen des § 397, während im übrigen die Voraussetzungen des § 398 dieselben sind, unter denen der Kommissionär sich als Pfandgläubiger aus dem Gute bezahlt machen kann.

So gilt hinsichtlich des Begriffes des Kommissionsgutes dasselbe wie nach § 397. Forderungen und Rechte sind, soweit sie nicht durch urkundliche Verbriefung körperliche Gestalt angenommen haben und zugleich einen selbständigen

---

[1]) Lehmann-Ring § 398 S. 251: „Der § 398 handelt von zwei Fällen, einmal von dem Recht des Kommissionärs, sein Pfandrecht am Kommissionsgut zu realisieren, sodann von dem Recht des Kommissionärs, der Eigentümer des Kommissionsgutes ist, wie ein Pfandgläubiger aus dem Gute Befriedigung zu nehmen".

[2]) vgl. Denkschr. z. Entw. eines HGB. (Mugdan) S. 389.

ökonomischen Wert besitzen, ebensowenig Gegenstand des Befriedigungsrechts wie unbewegliche Sachen.

Ebenso wie das Pfandrecht hat auch das Befriedigungsrecht zur Voraussetzung, daß sich der Kommissionär im Besitze des Gutes befindet. Dieses Erfordernis wird zwar vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich hervorgehoben, ist aber in der Bestimmung des § 398 stillschweigend enthalten. Denn nur als unmittelbarer oder mittelbarer Besitzer ist er tatsächlich in der Lage, die Verpflichtungen, welche er mit dem Verkaufe gegenüber dem Käufer übernimmt, zu erfüllen.

Auch hinsichtlich des Umfanges der durch das Befriedigungsrecht gesicherten Forderungen besteht keine Abweichung gegenüber dem Pfandrecht; insbesondere muß die durch das Bankdepotgesetz gemäß § 8 vorgesehene Ausnahme von der Regel, daß das Pfandrecht sich auf alle Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften erstreckt, auch für das Befriedigungsrecht gelten.

b) An Forderungen.

Wie § 398 dazu dienen soll, die Ansprüche des Kommissionärs aus dem ihm selbst gehörigen Kommissionsgut zu sichern, so bezweckt § 399 seine Sicherung aus den ausstehenden Forderungen. Nach der Fassung des Gesetzes kann er sich aus den Forderungen, welche durch das für Rechnung des Kommittenten geschlossene Geschäft begründet sind, für die im § 397 bezeichneten Ansprüche vor dem Kommittenten und dessen Gläubigern befriedigen.[1])

Gegenstand des Befriedigungsrechts sind daher nur

[1]) vgl. die entsprechende Bestimmung des Art. 374 Abs. 2 a. HGB.

Forderungen, die aus einem Geschäfte entsprungen sind, das der Kommissionär in Ausführung der Kommission abgeschlossen hat. Daß diese Forderungen gerade auf Geld gerichtet sind, wie beispielsweise die Kaufpreisforderung des Verkaufskommissionärs, ist nicht erforderlich. Auch der Einkaufskommissionär kann seine Forderungen auf Lieferung von Waren und Wertpapieren zu seiner eigenen Deckung verwenden. Wohl aber ist Voraussetzung, daß der Kommissionär die Forderungen noch nicht an den Kommittenten abgetreten hat. Denn mit dem Abschlusse des Abtretungsvertrages büßt der Kommissionär seine formelle Rechtsstellung hinsichtlich der Forderungen ein und unterscheidet sich nunmehr in keiner Beziehung von andern Gläubigern des Kommittenten. Der Zessionsakt hat die Bedeutung eines Verzichts auf sein Recht zur vorzugsweisen Befriedigung.[1])

Als gesicherte Forderungen kommen auch hier nur die in dem § 397 bezeichneten in Betracht. Spezielle Sachkonnexität ist nicht erforderlich, vielmehr kann sich der Kommissionär auch wegen aller Ansprüche aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften vor dem Kommittenten und dessen Gläubigern befriedigen.

§ 12.

Art und Wirkungen der Ausübung des Befriedigungsrechts.

a) An eigenem Kommissionsgut.

Je nach der Natur des Gegenstandes des Befriedigungsrechts gestaltet sich dessen Ausübung verschieden.

---

[1]) vgl. Laband in G. Z. Bd. 9 § 12 I, 2 S. 456.

Handelt es sich um Kommissionsgut, das im Eigentum des Kommissionärs steht, so darf er sich aus demselben nach den für den Pfandverkauf geltenden Vorschriften der §§ 1228ff. BGB. befriedigen und ist demgemäß auch zu allen Handlungen befugt bezw. verpflichtet, die zur Ausübung dieses Rechts notwendig sind.

Ein weitergehendes Recht hat er hinsichtlich des Verkaufs zum Zweck der Deckung seiner Forderungen gegen den Kommittenten nicht. Es ist auch kein Grund ersichtlich, weshalb der Kommissionär, der ihm selbst gehöriges Kommissionsgut in Händen hat, besser gestellt sein sollte als der, welcher solches Kommissionsgut nicht besitzt; auch das ihm zu Eigentum gehörende Gut ist doch für Rechnung des Kommittenten erworben und steht auf dessen Gefahr. Dadurch, daß das Gesetz den Kommissionär in durchgreifender Weise verpflichtet, nur nach Art eines Pfandgläubigers zu verkaufen, erscheinen auch die Interessen des Kommittenten am besten gewahrt und die unter den Parteien vielfach zweifelhafte Frage, ob das Eigentum am Gute dem Kommissionär oder dem Kommittenten zusteht, tritt für den Fall der Realisierung der Forderungen in den Hintergrund.[1])

Da das Befriedigungsrecht nur die Wirkung eines Pfandrechts hat, kann es dem Kommissionär auch im Konkurse des Kommittenten nicht mehr Rechte geben, als er als Pfandgläubiger hat. Wie bei Verfolgung des Pfandrechts, ist er daher auch bei Ausübung des Befriedigungsrechts den Vorschriften der Konkursordnung über abgesonderte Befriedigung unterworfen.[2]) Hier wie dort kann der Verwalter in seine

---

[1]) vgl. Denkschr. z. Entw. eines HGB. (Mugdan) S. 389.

[2]) Derselben Ansicht Jaeger § 49 Anm. 9 S. 424.

Befugnisse eingreifen. Er kann bei dem Konkursgericht beantragen, daß dieses dem Kommissionär eine Frist zur Privatverwertung setze, und darf nach Ablauf derselben auch selbst zur Verwertung schreiten (§ 127 Abs. 2 u. 1 KO.). Das Recht des Kommissionärs auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös bleibt auch in diesem Falle unberührt (§ 127 Abs. 1 KO.).

Die hinsichtlich der Art der Ausübung bestehende Übereinstimmung des Befriedigungsrechts mit dem oben behandelten Pfandrecht zeigt sich jedoch nicht in gleicher Weise in den Rechtswirkungen des Zwangsverkaufs.

Deckt der Erlös die Forderungen oder bleibt er hinter ihnen zurück, so gilt zwar dasselbe wie bei dem wahren Pfandverkauf. In beiden Fällen wird der Kommissionär, soweit seine Forderungen nebst Nebenrechten reichen, durch den Erlös unmittelbar befriedigt; erreicht dieser den Betrag der Forderungen nicht, so bleibt in Höhe des fehlenden Betrages der Anspruch gegen den Kommittenten bezw. dessen Konkursmasse bestehen. Übersteigt aber der Erlös die Forderungen, so wird der Kommissionär gleichwohl Eigentümer der ganzen Kaufsumme, da er ja ein ihm zu Eigentum gehörendes Objekt dazu benutzt, um sich aus seinem Werte zu befriedigen; dem Kommittenten bezw. seiner Konkursmasse steht nur ein obligatorischer Anspruch auf Herausgabe des Überschusses zu.

b) An Forderungen.

Ebensowenig wie sich das Befriedigungsrecht an eigenem Kommissionsgut als Pfandrecht darstellt, läßt sich das Vorzugsrecht an ausstehenden Forderungen als solches charakteri-

sieren.[1]) Denn da es der Zweck des § 399 ist, die sich aus der Unterstellung des § 392 Abs. 2 ergebende Beschränkung der Verfügungsmacht des Kommissionärs im Interesse der Sicherung seiner Ansprüche zu beseitigen,[2]) so ergibt sich, daß der Kommissionär auf Grund seines Befriedigungsrechts keine andere Rechtsstellung einnehmen kann als die, welche er ohne die Bestimmung des § 392 Abs. 2 haben würde.[3]) Ist das aber richtig, so können für die Art der Ausübung des Befriedigungsrechts mangels einer dem § 398 entsprechenden ausdrücklichen Bestimmung auch nicht die Vorschriften über die Verwertung eines Pfandrechts an Forderungen maßgebend sein, da man sonst dem Kommissionär ein Pfandrecht an seiner eigenen Forderung zugestehen müßte.[4])

Vielmehr gibt das Befriedigungsrecht eine doppelte Befugnis: Da der Kommissionär seiner Sicherung verlustig gehen würde, wenn der Kommittent die Abtretung der durch Ausführung der Kommission erwachsenen Forderungen verlangen könnte, ohne die Ansprüche des Kommissionärs befriedigt zu haben, so gibt ihm das Befriedigungsrecht zunächst die negative Befugnis, die ihm an sich obliegende Abtretung der Forderungen dem Kommittenten gegenüber bis zur Erfüllung der gesicherten Ansprüche zu verweigern.[5]) Sodann gewährt

---

[1]) Unrichtig Gad, Handb. d. HR. § 130 S. 270; vgl. Staub § 399 Anm. 1 S. 1785; auch hier handelt es sich vielmehr um eine Art gestatteter Selbsthilfe; vgl. Lepa § 7 II, C 3 β Fußnote 163 Nr. 4 S. 175.

[2]) vgl. Denkschr. z. Entw. eines HGB. (Mugdan) S. 390.

[3]) vgl. Puchelt-Förtsch Art. 368 Nr. 9 S. 1094, Art. 374 Nr. 10 S. 1112; Staub § 392 Anm. 10 S. 1772, § 399 Anm. 1 S. 1785; Makower § 399 I S. 1407.

[4]) vgl. auch Lutz, Prot. S. 728.

[5]) vgl. auch § 320 BGB.

es ihm die positive Befugnis, die Forderungen auch gegen den Willen des Kommittenten einzuziehen und sich nach Einziehung aus denselben vorzugsweise vor dem Kommittenten und dessen Gläubigern zu befriedigen.[1])

Der Kommissionär soll das Vorzugsrecht auch gegenüber den Gläubigern des Kommittenten haben. Damit ist zugleich ausgesprochen, daß ihm die genannten Befugnisse auch im Konkurse des Kommittenten gegenüber der Konkursmasse zustehen. Er braucht sich demnach nicht mit der Stellung eines einfachen Konkursgläubigers zu begnügen, kann vielmehr, da das Befriedigungsrecht ihm eine pfandrechtsgleiche Verfügungsmacht gewährt,[2]) der Konkursmasse gegenüber die Abtretung der Forderungen verweigern und nach den Grundsätzen über die Absonderung[3]) sich bis zu dem Betrage seiner Ansprüche vorweg befriedigen.

Für die Art und Weise der Befriedigung macht es daher keinen Unterschied, ob der Kommittent inzwischen in Konkurs geraten ist oder nicht.

Die Wirkungen, die sich in letzter Linie an die Einziehung des Leistungsgegenstandes knüpfen, sind verschieden, je nachdem die Forderung auf Geld oder andere körperliche Gegenstände gerichtet war.

---

[1]) vgl. Lehmann-Ring § 399 Nr. 3 S. 253; Düringer-Hachenburg § 399 Note II S. 422; Staub § 399 Anm. 1; Makower § 399 IV S. 1408; Goldmann § 399 Nr. 2 S. 1690.

[2]) vgl. Lepa § 7 II, 3β Fußnote 163 Nr. 4 S. 175 und Jaeger § 49 Anm. 9 S. 424.

[3]) Derselben Ansicht Jaeger § 49 Anm. 9 S. 424 und Wolff, Absonderungsrecht § 31 Nr. 3a S. 168 u. § 77 S. 454 oben, der in dem Befriedigungsrecht ein Retentionsrecht erblickt. A. M. Endemann, Konkursverfahren § 65 Nr. 8 S. 410.

Hat der Kommissionär eine Geldforderung eingezogen, so kann er den eingezogenen Betrag auf seine Pfandforderungen verrechnen, er kann kompensieren; den etwaigen Überschuß hat er an den Kommittenten bezw. dessen Konkursmasse abzuführen. Gelangt er dagegen durch die Einziehung der Forderung in den Besitz von Waren oder Wertpapieren, so werden diese mit der Leistung des Dritten Kommissionsgut, und er hat daran die Sicherungsrechte des § 397 bezw. § 398 HGB. In der Regel wird § 398 zur Anwendung kommen, weil er mit der Einziehung Eigentümer des Gutes wird. Hat er jedoch den Kommittenten zum Eigentümer gemacht, was beispielsweise bei Wertpapieren durch Übersendung des Stückeverzeichnisses geschehen kann,[1]) so erwirbt er ein Pfandrecht gemäß § 397 HGB.

III. Das Pfand- und Befriedigungsrecht im Falle der Selbstübernahme der Kommission.

§ 13.

Rechtfertigung der Bestimmung des § 404 HGB.

Nach § 400 Abs. 1 HGB. kann die Kommission zum Einkauf oder zum Verkauf von Waren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben sowie von Wertpapieren, bei denen ein Börsen- oder Marktpreis amtlich festgestellt wird, wenn der Kommittent nicht ein anderes bestimmt hat, von dem Kommissionär dadurch ausgeführt werden, daß er das Gut, welches er einkaufen soll, selbst als Verkäufer liefert oder das Gut, welches er verkaufen soll, selbst als Käufer übernimmt.

[1]) Depotgesetz § 7.

Zufolge dieser Bestimmung steht es also dem Kommissionär frei, statt ein dem Kommissionsauftrage entsprechendes Geschäft mit einem Dritten abzuschließen, sich dem Kommittenten selbst als Kontrahenten anzubieten, d. h. zu erklären, daß er selbst das der Kommission entsprechende Geschäft mit dem Kommittenten abschließen wolle.

Diese Art der Kommissionsausführung bezeichnet das Handelsgesetzbuch[1]) mit dem technischen Ausdruck: Ausführung der Kommission durch „Selbsteintritt".[2])

Ob nun auch dem Kommissionär, der vom Selbsteintrittsrecht Gebrauch macht, das Pfand- und Befriedigungsrecht am Kommissionsgute zusteht, war früher nicht unbestritten,[3]) da weder das alte Handelsgesetzbuch noch das Börsengesetz[4]) eine Bestimmung hierüber enthielten. Das neue Handelsgesetzbuch hat nunmehr diese Streitfrage ausdrücklich zu seinen Gunsten entschieden: Gemäß § 404 sollen die Vorschriften der §§ 397, 398 auch im Falle der Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt Anwendung finden.

Die Bestimmung entspricht der Natur des durch den Vollzug des Selbsteintritts entstandenen Rechtsverhältnisses.

---

[1]) vgl. z. B. HGB. §§ 400 Abs. 5, 401 Abs. 1, 405 Abs. 2 u. 3.

[2]) Über diese Bezeichnung vgl. Breit § 2 Fußnote 26 S. 9. Das Gesetz geht davon aus, daß die Ausführung der Kommission durch Abschluß mit einem Dritten die Regel bildet; im wirtschaftlichen Leben verhält es sich gerade umgekehrt; vgl. Breit § 2 IV S. 25.

[3]) Die herrschende Meinung sprach sich für die Anwendbarkeit der Vorschriften der Art. 374, 375 (jetzt §§ 397, 398) aus. Dagegen erklärten sich Renaud, Rechtliche Gutachten (Ausgabe Hergenhahn) Bd. 1 S. 414, 415 u. 429; Staub § 71 BG. Anm. 20 S. 1014; letzterer zitiert nach Breit § 20 S. 171 Fußnote 476.

[4]) Reichsbörsengesetz v. 22. 6. 1896.

Wie sich aus dem Text[1]) des Gesetzes und aus dessen Vorarbeiten ergibt, geht das Handelsgesetzbuch bei der Regelung des Selbsteintritts von der Auffassung aus, daß derselbe nur eine Art der Ausführung der Kommission darstellt. Macht der Kommissionär von der Befugnis, als „Verkäufer“ oder „Käufer“ aufzutreten, Gebrauch, so kommt zwar zwischen dem Kommissionär und dem Kommittenten ein als Kauf zu beurteilendes Schuldverhältnis zustande; aber dieses tritt nicht an die Stelle des ursprünglich geschlossenen Kommissionsvertrages, sondern das Kommissionsverhältnis besteht als der äußere Rahmen für die Rechtsbeziehungen der Parteien auch in Zukunft fort.[2])

Da somit der Kommissionär auch als Käufer und Verkäufer dem Kommittenten zu treuem Handeln verpflichtet ist, sonach größere Pflichten ihm gegenüber zu erfüllen hat als ein reiner Proprehändler, so erscheint es völlig gerechtfertigt, wenn man ihm auch die Sicherungsrechte gewährte, die ihm bei regulärer Abwicklung des Geschäfts am Kommissionsgute zustehen.

§ 14.

Der Umfang und die Bedeutung des Pfandrechts.

Ist sonach hinsichtlich der Existenz des Pfandrechts kein Zweifel mehr möglich, so gilt doch das gleiche nicht bezüglich seines Umfanges.

---

[1]) vgl. § 400 Abs. 1: Die Kommission ... kann ... dadurch ausgeführt werden; § 400 Abs. 2: Im Falle einer solchen Ausführung der Kommission ... (ebenso der § 404).

[2]) Über die verschiedenen Theorien: Breit § 5 S. 49—55; Düringer-Hachenburg § 383 Note IV, 3b S. 349, 350; Lehmann, Lehrb. d. HR. § 194 Nr. 4 S. 824, 825.

Nach dem Wortlaut des § 404 HGB. erstreckt sich das Pfandrecht nur auf die im § 397 HGB. bezeichneten Forderungen. Demgemäß müßte man annehmen, daß die bei der Einkaufskommission als die praktisch wichtigste erscheinende Forderung, nämlich die Forderung auf Zahlung der rückständigen Kaufsumme, nur dann durch das Pfandrecht gesichert ist, wenn sie in eine zwischen den Parteien bestehende laufende Rechnung aufgenommen ist.[1]) Gehen wir aber auf die Denkschrift und die ratio legis zurück, so dürfte sich ergeben, daß für den das Gut selbst als Verkäufer liefernden Einkaufskommissionär das Pfandrecht wegen seiner Kaufpreisforderung in jedem Falle anzuerkennen ist.[2])

Die Denkschrift[3]) spricht ganz allgemein davon, daß dem als Selbstkontrahent eintretenden Kommissionär das Recht gewahrt werden müsse, „sich aus dem an den Kommittenten verkauften Gute für seine Ansprüche gegen den letzteren ... zu befriedigen". Damit scheint uns zum Ausdruck gebracht, daß sie auch die Forderung wegen des rückständigen Kaufpreises zu den pfandgesicherten Forderungen gerechnet wissen will. Da nämlich die Worte „für seine Ansprüche" dieselbe mit umfassen, hätte man u. E. besonders hervorheben müssen,

[1]) Makower § 404 S. 1420. Für den Fall, daß es sich um ein einzelnes Kommissionsgeschäft handelt, sucht Makower das Pfandrecht des Kommissionärs mit dem Wortlaut des Gesetzes dadurch in Einklang zu bringen, daß er die Kaufpreisforderung nach erfolgter Vorleistung (durch Übergabe des Gutes) als einen auf dasselbe gegebenen Vorschuß betrachtet.

[2]) Im Ergebnis ebenso Breit § 201 S. 172; Düringer-Hachenburg § 404 Note II S. 440; Goldmann § 404 Nr. 3 S. 1698; anderer Ansicht Lehmann-Ring § 404 Nr. 2 S. 266; vgl. auch Lehmann, Lehrb. d. HR. § 194 Nr. 6c S. 827.

[3]) Denkschr. z. Entw. eines HGB. (Mugdan) S. 390.

daß die Kaufpreisforderung von der Pfandsicherung ausgeschlossen sein solle.

Aber auch aus dem der Bestimmung des § 404 zugrunde liegenden Rechtsgedanken, daß der selbsteintretende Kommissionär, dessen Verpflichtungen als Kommissionär durch den Selbsteintritt im wesentlichen unberührt bleiben, auch hinsichtlich seiner Rechte nicht schlechter gestellt werden dürfe, muß die Ausdehnung des Pfandrechts auf die Kaufpreisforderung gefolgert werden. Mit Recht weist Breit[1]) darauf hin, daß die Kaufpreisforderung des als Proprehändler auftretenden Kommissionärs nicht schlechthin verschieden ist von der Forderung, die ihm gegenüber dem Kommittenten erwächst, wenn er bei regulärer Abwicklung des Geschäfts dem dritten Kontrahenten den Kaufpreis für die gelieferte Ware bezahlt. Denn was sich bei regulärer Abwicklung des Geschäfts als Forderung auf Auslagevergütung bezw. auf Befreiung von eingegangener Verbindlichkeit darstellt, je nachdem der Kaufpreis an den Dritten bar bezahlt ist oder nicht, ist die Kaufpreisforderung im Falle des Selbsteintritts. Da aber jene Forderung durch das Pfandrecht gemäß § 397 gedeckt ist und § 404 ausdrücklich die Anwendung dieser gesetzlichen Bestimmung für den Fall der Selbstübernahme der Kommission vorschreibt, muß auch die an deren Stelle tretende Kaufpreisforderung pfandrechtlich gesichert sein.

Bei einem Vergleich der praktischen Bedeutung des Pfandrechts in den einzelnen Fällen des Selbsteintritts läßt sich unschwer erkennen, daß dasselbe hauptsächlich nur für den selbsteintretenden Einkaufskommissionär von Wert sein wird.

---

[1]) Breit § 20 S. 172.

Für diesen hat es die praktisch wichtige Folge, daß er nicht nur, wenn der Kommittent mit der Abnahme des Gutes im Verzuge ist, gemäß § 373 HGB.,[1]) sondern auch bei ausbleibender Erfüllung seiner Kaufpreis- oder Schadensersatzforderung sich durch Verkauf des Gutes bezahlt machen kann.[2]) Denn sobald er das Eigentum auf den Kommittenten übertragen hat, stehen ihm die Rechte aus § 397 HGB. zu, vorausgesetzt, daß er den Besitz am Kommissionsgut zurückbehalten hat.

Bei der Verkaufskommission ist dagegen für die Anwendbarkeit des § 397 HGB. in der Regel kein Raum. Denn befand sich das Gut bei Vollziehung des Selbsteintritts bereits im Besitze des Kommissionärs, so erwirbt dieser, sofern der Kommittent mit dem Übergange des Eigentums einverstanden ist,[3]) in seiner Eigenschaft als Käufer gemäß § 929 Satz 2 BGB. bereits mit der Ausführungsanzeige das Eigentum. Wird aber das Gut dem Kommissionär erst nach Vollzug des Selbsteintritts ausgehändigt, so wird er nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts mit der Tradition Eigentümer. In beiden Fällen kann er also ein Pfandrecht nicht erwerben.

Nach alledem bleibt bei der Verkaufskommission für die Anwendung des § 397 HGB. nur der Fall übrig, daß der Kommissionär zwar den Besitz, nicht aber das Eigentum am Gute erlangt hat. Dies trifft beispielsweise zu, wenn der Kommittent nach Übersendung der Waren oder Wertpapiere den Selbsteintritt nachträglich zurückweist.[4])

---

[1]) vgl. § 389 HGB.

[2]) vgl. Düringer-Hachenburg § 404 Note II S. 440.

[3]) vgl. Lehmann-Ring § 392 Nr. 7 S. 233.

[4]) vgl. Lehmann-Ring § 404 Nr. 1 Fußnote 2 S. 265.

§ 15.

Der praktische Wert des Befriedigungsrechts an eigenem Kommissionsgut.

Bei der Auffassung der rechtlichen Natur des Selbsteintritts als einer Art der Ausführung der Kommission erscheint es, wie bereits hervorgehoben, völlig gerechtfertigt, wenn der Gesetzgeber auch dem als Selbstkontrahent eintretenden Kommissionär das Recht gewährt, sich aus dem in seinem Eigentum stehenden Gute zu befriedigen.

Ebenso wie das Pfandrecht wird das Befriedigungsrecht nur für den selbsteintretenden Einkaufskommissionär praktisch bedeutsam sein.

Dieser kann das ihm in der Rolle als Verkäufer zustehende Eigentumsrecht am Kommissionsgut dem Kommittenten gegenüber nicht geltend machen, da er sich dadurch der ihm auf Grund des Selbsteintritts obliegenden Pflicht zur Auslieferung des Gutes willkürlich in einer dessen Interessen verletzenden Art und Weise würde entziehen können. Das Befriedigungsrecht gibt ihm hier die Mittel an die Hand, sich wegen seiner Ansprüche auf Kosten des Kommittenten zu decken, und zwar in einer Weise, die zugleich geeignet ist, den Kommittenten vor der Gefahr einer Übervorteilung zu schützen.

Bei der Verkaufskommission kann dagegen von einer Veräußerung für Rechnung des Kommittenten nicht die Rede sein. Denn hat der Kommissionär durch seinen Selbsteintritt das Eigentum einmal erworben, so ist das Gut damit endgültig sein Eigentum geworden, da er ja zu einer Rückübertragung hier nicht verpflichtet ist. Er kann mithin wie jeder andere Eigentümer darüber verfügen. Für den Kommittenten

kann es ganz gleichgültig sein, in welcher Weise dies geschieht, denn dessen Rechtssphäre wird dadurch nicht berührt. Eine Befriedigung würde hier lediglich auf Kosten des Kommissionärs gehen, und damit entfällt die Anwendungsmöglichkeit des § 398, da dieser eine Veräußerung für Rechnung des Kommittenten voraussetzt.

§ 16.

Gründe gegen die Annahme eines Befriedigungsrechts an Forderungen.

Den § 399 hat der Gesetzgeber im § 404 mit Stillschweigen übergangen und damit von der Anwendung ausgeschlossen. Der gesetzgeberische Grund hierfür dürfte in der Erwägung liegen, daß das Befriedigungsrecht an ausstehenden Forderungen für den selbsteintretenden Kommissionär nahezu wertlos sein würde. Da nämlich bei irregulärer Abwicklung aus dem Kommissionsgeschäft Dritten gegenüber überhaupt keine Forderungen entstehen, so könnten als dadurch begründete Forderungen hier nur diejenigen in Frage kommen, die dem Kommittenten gegenüber dem Kommissionär erwachsen. In Ansehung dieser bedarf aber der Kommissionär gar nicht des Befriedigungsrechts des § 399. Denn ist die Forderung auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet, so hat er bereits ein geeignetes Befriedigungsmittel in der Aufrechnungsbefugnis; sind aber Gegenstand der Forderung Waren oder Wertpapiere, dann greift das Befriedigungsrecht des § 398 ein, sobald er das Gut im Besitz hat.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.